النصوص الفقهية المختارة

بتقديم وتعليق وتحليل

الدكتور وهبة الزحيلي

دار الكتاب

النصوص الفقهية المختارة

بتقديم وتعليق وتحليل

الدكتور وهبة الزحيلي

القسم الأول

دار الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي بعث نبيه معلماً ورسوله مبشراً ، وجعل العلماء ورثة الأنبياء ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير داع الى الهدى والعلم والنور والمدنية .

وبعد : فان أروع الكشوف التي يحظى بها الباحث العلمي حينما يجد ضالته المنشودة في ثنايا عبارة سجلتها قرائح الأقدمين وخلدتها صحائف الكتب ، وهذا أصدق ما يكون بالنسبة للعالم والمتعلم اذا سئل عن حكم قضية فقهية ، ثم عثر عليه في ذخائر المؤلفات الفقهية بمختلف مذاهبها وحسب مناهج وطرق التأليف فيها .

الا أن تلك المؤلفات ذات أسلوب قد يختلف أحياناً عن أسلوبنا المعاصر ،ويكد الذهن تارة في التوصل الى المراد من عبارة فقهية أو نص قصير أو طويل ، لا سيا اذا اختلط المتن بالشرح وطال عود الضمير بسبب المتن أو الشرح الى ما قبل صفحة أو صفحتين مثلا ، وهذا ما يتطلب انتباهاً دقيقاً وتفهماً عميقاً وتمرساً مستمراً طويلاً لمصطلحات واساليب الفقهاء .

ونحن في دراستنا الجامعية التي يغلب فيها طابع المحاضرة على طريقة متابعة النص وتحليله كلمة كلمة ، ينبغي ألا يصرفنا ذلك عن وصل الطالب بالثروة الفقهية العظيمة ، وتمرين الطلاب على فهمها تلقائياً ، والاستفادة من مدلول الكلام نصاً واشارة ومفهوماً ، لذا فان منهاج كلية الشريعة في قسم الفقه الاسلامي ومذاهبه بجامعة دمشق قرر ضرورة انتقاء نماذج من نصوص الفقهاء تعرض كما هي ، ويعلق عليها في الحاشية أحياناً ، ثم تردف بتحليل اجمالي يبين مضمونها وييسر فهمها ، وهذا ماقمت به بالنسبة للسنتين الثانية والثالثة في الكلية ،فيما يتعلق بمقرر الفقه الذي أحببته وطال تدريسي

له ، وكان انتقاء النصوص شاملاً لمختلف المذاهب الأربعة ، وجامعاً بين طريقة المتقدمين والمتأخرين في التأليف سواء أكان الكتاب مرسل العبارة كالبدائع والمهذب والمبسوط أو كان خليطاً بين المتن والشرح المكونين معاً وحدة متكاملة كما في الدر المختار وشرح المحلي للمنهاج وشروح مدرسة خليل المالكي كالدردير والحطاب والمواق وغيرهم ، وهنا تم اصطفاء هذه النصوص المنهاج حسب المذكور من كتب الحنفية والمالكية والشافعية .

والله أسأل تمام النفع وحسن الفائدة واخلاص العمل له سبحانه والاثابة عليه ، فهو سبحانه ولي المؤمنين .

دمشق في ٢١ شعبان ١٣٨٩ هـ الموافق ١ /١٢/ ١٩٦٩ م

الدكتور وهبة الزحيلي

نصوص من كتاب المهذب للشيرازي
عند الشافعية

لقد اخترت بعض النصوص الفقهية من كتاب « المهذب في فقه مذهب الامام الشافعي رضي الله عنه وأرضاه لابي اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي الشيرازي ، العلامة المناظر الذي ظهر نبوغه في علوم الشريعة الاسلامية ، فكان مرجع الطلاب ومفتي الأمة في عصره ، توفي سنة ٤٧٦ هـ .

وهو كتاب يتألف من جزءين ، ذكر فيه الشيرازي أصول مذهب الشافعي رحمه الله بأدلتها وما تفرع على أصوله من المسائل المشكلة بعللها ، سلك فيه مؤلفه ذكر الأحكام والاستدلال عليها بما جاء في القرآن الحكيم أو الأحاديث الصحيحة ، وباعتبار أن المؤلف من طبقة الفقهاء المتقدمين فانه لم يتأثر بطريقة المؤلفين في عصر الانحطاط من حيث تعقيد الألفاظ وإيجاز العبارات وضغط المعلومات الفقهية حتى لكأنها ألغاز . وانما تميزت عبائر المهذب بالسهولة والطلاوة وبالاسلوب الأدبي المشرق ، إلا أنه ليس فيه ترجيح غالباً بين الأقوال المنسوبة للامام الشافعي أو الوجوه المعروفة لاصحابه ، لهذا فانا نضطر الى الاشارة إلى ترجيح الرأي المعتمد عند الشافعية في حالات الخلاف بالاعتماد على كتاب المنهاج للنووي .

وقد شرح الامام يحيى بن شرف النووي المتوفى سنه ٦٧٦ هـ كتاب المهذب في مؤلفه المشهور وهو « المجموع في شرح المهذب » إلا أنه لم يعمر رحمه الله لاتمام هذا الشرح الذي يعتبر من أحسن الكتب التي ألفت في الاسلام ، فقد أتم تسعة أجزاء حيث وافته المنية ، وهو يشرح

من باب الربا قول صاحب المهذب : « فأما ما يحرم فيه الربا فينظر فيه ، فإن باعه بجنسه حرم فيه التفاضل والنَّساء » الخ .

ثم شرح الامام تقي الدين السبكي علي بن عبد الكافي شيخ الاسلام في عصره المتوفى سنة ٧٥٦ ﻫ ثلاثة أجزاء أخرى حيث انتهى الى شرح آخر باب « بيع المصراة والرد بالعيب » وبذلك يكون المجموع اثني عشر جزءاً .

وللامام النووي طريقة فريدة في شرحه للمهذب ، يجمع فيها بين الكتابة في الحديث ، والفقه المذهبي ، والفقه المقارن ؛ لانه كان علامة بالفقه والحديث، فهو يبدأ بشرح المقطع من المهذب ، بتناول الأحاديث الواردة فيه ، فيخرجها ، ويبين القوي فيها من الضعيف ووجه القوة والضعف في كل منها، ثم يشرح المقطع من وجهة نظر المذهب، ثم يذكر ما قد يخالفه من المذاهب الأخرى مع المناقشة والتوجيه في الغالب ، ثم يزيد من عنده فروعاً أخرى تتعلق بالمقطع المشروح .

ومنهجنا في عرض النصوص هو الاتيان بها كما هي، لكن مع وضع عناوين جانبية وتقسيم للمسائل الرئيسية في النص وشرح للغوامض فيه في الحاشية ، ثم التعليق عليه بتحليل مجمل سريع .

مشروعية البيع وشرط صحته

أدلة مشروعية البيع : البيع جائز ، والأصل فيه [١] قوله تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا » ، وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة [٢] عن تراض منكم » .

الشرط الأول في عاقد البيع وهو الرشد : ويصح البيع من كل بالغ عاقل مختار.

---

(١) أي الدليل الأصلي في مشروعية البيع قبل انعقاد الاجماع على ذلك .

(٢) ليس الكلام هنا على ظاهره ، وانما المعنى : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل أي بالعقود الفاسدة التي لا تجوز في الشرع كالربا والقمار والنجش والظلم ، ولكن كلوا بالتجارة . و « إلا » ههنا بمعنى لكن .

فأما الصبي والمجنون فلا يصح بيعها ، لقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولأنه تصرف في المال ، فلم يفوض الى الصبي والمجنون كحفظ المال .

الشرط الثاني في عاقد البيع وهو عدم الاكراه بغير حق : فأما المكره : فإنه ان كان بغير حق لم يصح بيعه لقوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » فدل على أنه اذا لم يكن عن تراض لم يحل الأكل . وروى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال : « انما البيع عن تراض» [1] فدل على أنه لا بيع عن غير تراض ، ولأنه قول أكره عليه بغير حق ،فلم يصح ككلمة الكفر اذا أكره عليها المسلم ، وإن كان بحق صح ، لأنه قول حمل عليه بحق ، فصح ككلمة الاسلام إذا أكره عليها الحربي [2] .

تحليل اجمالي للنص

اشتمل هذا النص على أمور ثلاثة :

أولها — الاستدلال على مشروعية البيع من القرآن الكريم كما هو واضح ، ولم يتعرض للاستدلال على جواز البيع من السنة الشريفة .

والأمر الثاني — الشرط الاول في العاقد باعتباره أحد أركان البيع الثلاثة عند الشافعية وهي : عاقد وهو بائع ومشتري ، ومعقود عليه وهو ثمن ومثمن ، وصيغة وهي ايجاب وقبول . فشرط العاقد : هو الرشد وهو أن يتصف بالبلوغ والصلاح لدينه وماله، فلايصح [3] من صبي وان قصد اختباره ، ولا من مجنون ولا من محجور عليه بسفه ، ودليل ذلك أولاً هو حديث « رفع القلم » ، وثانياً — المعقول :وهو أنه باعتبار أن الرشد صلاح الدين والمال

(١) صححه ابن حبان .

(٢) المهذب : ج ١ ص ٢٥٧ .

(٣) المراد بعدم الصحة عند الشافعية هو عدم الانعقاد .

وأن البيع تصرف في المال ،فإن الصبي والمجنون لم يتوفر فيهما ذلك الصلاح ، كما أنه لم تتوفر عندهما أهلية المحافظة على المال .

والأمر الثالث — اشتراط كون العاقد غير مكره بدون حق،فلا يصح عقد المكره في ماله بغير حق لآية « إلا أن تكون تجارة عن تراض » ولأنه لا أثر لقول المكره بغير حق الا في الصلاة ، فيبطل به العقد في الأصح (١) .

خيار المجلس

مفهوم خيار المجلس ، ودليل مشروعيته : الدليل النقلي :

اذا انعقد البيع ثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والامضاء الى أن يتفرقا أو يتخايرا ، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : «البيعان بالخيار مالم يتفرقا ، أو يقول أحدهما للآخر : اختر » والتفرق : أن يتفرقا بأبدانهما بحيث اذا كلمه على العادة لم يسمع كلامه ، لما روى نافع أن ابن عمر رضي الله عنه كان اذا اشترى شيئاً مشى أذرعاً ليجب البيع ، ثم يرجع

الدليل العقلي :

ولأن التفرق في الشرع مطلق ، فوجب أن يحمل على التفرق المعهود ، وذلك يحصل بما ذكرناه .

هل الحاجز بين المتعاقدين يسقط الخيار ؟

وان لم يتفرقا ولكن جعل بينهما حاجز من ستر أو غيره لم يسقط الخيار ، لأن ذلك لا يسمى تفرقاً .

معنى التخاير :

وأما التخاير : فهو أن يقول أحدهما للآخر : اختر امضاء البيع ، أو فسخه ، فيقول

---

(١) المقصود بهذا التعبير عند الشافعية ذكر الرأي المعتمد من بين الوجهين أو الاوجه المختلفة بين أصحاب الشافعي حالة قوة الخلاف ، ويقابله الوجه الصحيح .

للآخر : اخترت امضاءه أو فسخه ، فينقطع الخيار لقوله عليه السلام : « أو يقول أحدهما للآخر : اختر » .

هل السكوت بعد التخيير يسقط الخيار ؟

فإن خير أحدهما صاحبه فسكت لم ينقطع خيار المسئول ؛ وهل ينقطع خيار السائل ؟ فيه وجهان (١) :

أحدهما ـ لا ينقطع خياره ، كما لو قال لزوجته : اختاري ، فسكتت . فإن خيار الزوج في طلاقها لا يسقط .

والثاني ـ أنه ينقطع لقوله عليه السلام : « أو يقول أحدهما للآخر : اختر » فدل على أنه اذا قال ، يسقط خياره . ويخالف تخيير المرأة ، فان المرأة لم تكن مالكة للخيار ، واذا خيرها فقد ملكها ما لم تكن تملكه ، فاذا سكتت بقي على حقه ، وههنا المشتري يملك الفسخ ، فلا يفيد تخييره اسقاط حقه من الخيار .

هل الاكراه على التفرق يبطل الخيار ؟

فان أكرها على التفرق ، ففيه وجهان :

أحدهما ـ يبطل الخيار ، لأنه كان يمكنه أن يفسخ بالتخاير ، فاذا لم يفعل فقد رضي باسقاط الخيار .

والثاني ـ أنه لا يبطل لأنه لم يوجد منه أكثر من السكوت ، والسكوت لا يبطل الخيار .

تحليل النص

حدد الشيرازي في هذا النص معنى خيار المجلس ودليله من السنة والمعقول ، إذ أن المراد من الحديث هو التفرق بالابدان كما هو المألوف بين الناس ، ثم بين أنه لا يحصل التفرق باقامة ستر ولو ببناء جدار بين العاقدين ؛ لأن المجلس باق .

وينقطع خيار المجلس بالتخاير من العاقدين بأن يختارا لزوم العقد بأن يقولا : تخايرنا

(١) أي رأيان مستنبطان لاصحاب الشافعي .

أو اخترنا أو غيره مثل أمضينا العقد . ولو اختار أحدهما لزوم العقد سقط حقه من الخيار ، وبقي الحق فيه للآخر ، مثل خيار الشرط . والمعتمد من الوجهين المختلف فيهما بين أصحاب الشافعي أن السكوت بعد التخيير يسقط خيار القائل ، ولو لم يختر صاحبه لتضمنه الرضا باللزوم ، ولظاهر الحديث : « أو يقول أحدهما للآخر : اختر » .

والراجح أن الاكراه على الخروج من مجلس العقد بغير حق لا يقطع الخيار ، لأن فعل المكره كلا فعل .

باب مانهي عنه من بيع الغرر ونحوه [1]

بيع المعدوم :

ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التي لم تخلق ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر . والغرر : ما انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته . ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها في وصف أبي بكر رضي الله عنه : فرد نشر الاسلام على غره [2] : أي على طيه . والمعدوم :قد انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته ، فلم يجز بيعه . وروى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن المعاومة ، وفي بعضها عن بيع السنين [3].

---

(١) راجع المهذب : ج ١ ص ٢٦٢ وما بعدها .

(٢) قال الجوهوي : النشر بالتحريك المنتشر . يقال : جاء القوم نشراً أي منتشرين، واكتسى البازي نشراً طويلا . ومعنى الحديث أن الاسلام كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم كالثوب المطوي المصون من الادناس والأقذار ، فلما مات وارتدت الاعراب صار كالثوب اذا انتشر وتدنس ، فرد ما انتشر من الاسلام الى حالته التي كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يعني أمر الردة وكفاية أبيها اياه . قال ابن عرفة من المالكية : بيع الغرر : ما كان له ظاهر يغر ، وباطنه مجهول ، ومنه قوله تعالى : « متاع الغرور » أي يغر ظاهرها ، وفي باطنها سوء العاقبة . وقال الازهري : بيع الغرر : ما كان على غير عهدة ولا ثقة ، وتدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان ، ومنه التغرير بالنفس في القتال : انما هو حملها على غير ثقة .

(٣) بيع المعاومة : هو أن يبيعه غلة عام أو عامين ، أو سنة أو سنتين او ثلاث . قال القتيبي : يقال للنخلة اذا حملت سنة ولم تحمل سنة : قد عاومت وسانهت :ويقال : عاملت فلاناً معاومة ومسانهة ومياومة وملايلة ومحاينة ومشاتاة ومصايفة ومداهرة ومزامنة . حكى ذلك كله أبو عبيد عن الكسائي .

تحليل النص

بيع المعدوم باطل دفعاً للضرر عن المشتري ، لأن المعدوم قد لا يوجد ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر ، والغرر : ما كان مجهول العاقبة ، فيشمل هذا النهي بيع المعدوم ، كما أن النهي عن بيع السنين وهو بيع غلة سنة فأكثر يدل على تحريم بيع غير الموجود ، وقد نهى الرسول ﷺ أيضاً عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، وقال: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يستحق أحدكم مال أخيه ؟ »

بيع غير المملوك : (فصل)

ولا يجوز بيع ما لا يملكه من غير إذن مالكه ، لما روى حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال : « لا تبع ما ليس عندك » ولأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه ، فهو كالطير في الهواء ، أو السمك في الماء .

تحليل النص

لا ينعقد بيع غير المملوك للبائع من غير إذن صاحبه للعجز عن تسليمه ، وللنهي عن بيع ما ليس عند الانسان والحديث آخر وهو « لا بيع إلا فيما تملك » رواه أبو داود والترمذي وحسنه ، وعلى هذا الأساس اشترط الشافعية لصحة البيع الملك لمن له العقد ، وفرعوا على ذلك أن بيع الفضولي باطل .

بيع مالم يقبض : (فصل) :

ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه كبيع الأعيان المملوكة بالبيع والاجارة والصداق وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض ، لما روي أن حكيم بن حزام قال : يا رسول الله ، إني أبيع بيوعاً كثيرة ، فما يحل لي منها مما يحرم ؟ قال : لا بيع ما لم تقبضه . ولأن ملكه عليه غير مستقر ، لأنه ربما هلك ، فانفسخ العقد ، وذلك غرر من غير حاجة ، فلم يجز ، وهل يجوز عتقه [1] ؟ فيه وجهان :

أحدهما — أنه لا يجوز لما ذكرناه .

---

(١) أي هل يجوز عتق العبد الذي اشتراه وذلك قبل قبضه من البائع ؟

والثاني — يجوز ، لأن العتق له سراية ، فصح لقوته [1] .

حكم التصرف فيما ملكه بغير عوض :

فأما ماملكه بغير معاوضة كالميراث والوصية ، أو عاد اليه بفسخ عقد فانه يجوز بيعه وعتقه قبل القبض ، لأن ملكه عليه مستقر ، فجاز التصرف فيه كالمبيع بعد القبض .

حكم التصرف في الديون قبل القبض :

١ —الدين المستقر :

وأما الديون فينظر فيها : فإن كان الملك عليها مستقراً :

كغرامة المتلف وبدل القرض جاز بيعه ممن عليه قبل القبض؛لأن ملكه مستقر عليه ، فجاز بيعه ، كالمبيع بعد القبض . وهل يجوز من غيره [2] ؟ فيه وجهان :

أحدهما — يجوز لأن ما جاز بيعه ممن عليه ، جاز بيعه من غيره كالوديعة .

والثاني — لا يجوز ، لأنه لا يقدر على تسليمه اليه ، لأنه ربما منعه أو جحده ، وذلك غرر لا حاجة اليه ، فلم يجز . والأول أظهر [3] ، لأن الظاهر أنه يقدر على تسليمه اليه من غير منع ولا جحود .

٢ — الدين غير المستقر :

وإن كان الدين غير مستقر نظرت : فإن كان مسلماً فيه لم يجز بيعه ، لما روي أن ابن عباس رضي الله عنه « سئل عن رجل أسلف في حلل دقاق [4] ، فلم يجد تلك الحلل ، فقال : آخذ منك مقام كل حلة من الدقاق حلتين من الجل [5] ، فكرهه ابن عباس ،وقال: خذ برأس المال علفاً أو غنماً ، ولأن الملك في المسلم فيه غير مستقر ؛ لأنه ربما تعذر ،

---

(١) أي أن العتق لا يتجزأ ، فإذا أعتق البعض سرى على الجميع نظراً لقوة العتق ولتشوف الشاوع اليه ، وقد نقل ابن المنذر الاجماع فيه .

(٢) يعني هل يجوز التصرف في الدين من غير من عليه الدين .

(٣) أي أن الرأي الاول هو الارجح لقوة دليله .

(٤) الدقيق ضد الغليظ ، ودقاق بكسر الدال وضمها .

(٥) الجل : الضخم ، وهو بضم الجيم .

فانفسخ البيع فيه ، فلم يجز بيعه كالمبيع قبل القبض .

وإن كان ثمناً في بيع ، ففيه قولان : قال في الصرف : يجوز بيعه قبل القبض ، لما روى ابن عمر قال : « كنت أبيع الابل بالبقيع بالدنانير، فآخذ مكانها الدراهم ، وأبيع بالدراهم فآخذ مكانها الدنانير ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا بأس ما لم تتفرقا وبينكماشيء (١) ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك ، فصار كالمبيع بعد القبض .

وروى المزني في جامعه الكبير أنه لا يجوز ، لأن ملكه غير مستقر عليه ، لأنه قد ينفسخ البيع فيه بتلف المبيع أو بالرد بالعيب ، فلم يجز بيعه ، كالمبيع قبل القبض .

كيفية تحقق القبض :

والقبض فيما ينقل : النقل لما روى زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم . وفيما لا ينقل كالعقار والثمر قبل أوان الجداد (٢) : التخلية ، لأن القبض ورد به الشرع وأطلقه ، فحمل على العرف ، والعرف فيما ينقل النقل ، وفيما لا ينقل التخلية .

تحليل النص

موضوع هذا النص هو الكلام عن بيع الأشياء المملوكة قبل قبضها ، وهو بيع غير صحيح ، سواء أكان البيع للبائع أم لغيره ، وذلك فيما اذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة او نقص أو تفاوت صفة ،والا فهو اقالة بلفظ البيع اذا كان مع البائع ، والدليل هو عموم الأخبار الواردة بالنهي عن بيع الشيء قبل قبضه ، فيشمل ذلك البائع وغيره ، وأيضاً نظراً لضعف الملك بالنسبة للمشتري فانه لايستطيع التصرف بالشيء قبل استلامه .

وأما ما ملكه الشخص بغير معاوضة فيصح التصرف فيه قبل قبضه لأن ملكه له مستقر عليه .

وأما الديون الثابتة في الذمة : فان كان الملك عليها مستقراً كالمال المقروض وقيمة

(١) رواه الترمذي وغيره وصححه الحاكم على شرط مسلم .
(٢) الجداد بفتح الجيم وكسرها : صرام النخل أي قطع ثمره .

المتلفات ، فيجوز في الأرجح التصرف فيها قبل قبضها .

وان كان الملك عليها غير مستقر : فان كان الدين مسلماً فيه في عقد السلم فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض ، وهو القول المعتمد . وان كان الدين ثمناً في بيع ففي المذهب الجديد للشافعي : يجوز التصرف فيه قبل قبضه لخبر ابن عمر المذكور ، فقوله في الخبر « وليس بينكما شيء » أي من عقد الاستبدال لا من العقد الأول بقرينة رواية أخرى تدل لذلك .

وفي المذهب القديم : لايجوز لعموم النهي المذكور عن بيع مالم يقبض وهذا هو ما رواه المزني .

ثم ذكر الشيرازي كيفية تحقق القبض في المبيعات : ففي المنقولات من حيوان وغيره يتم قبضها بتحويلها من مكانها للحديث الذي رواه الشيخان عن ابن عمر « كنا نشتري الطعام جزافا ، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه » وأما غير المنقولات كالدور والثمرة قبل أوان القطاف ، والزرع في الأرض،فيكون قبضها بالتخلية . ويعتبر اتلاف المشتري المبيع قبضا له .

بيع معجوز التسليم : (فصل) :

ولايجوز بيع مالايقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء ، والجمل الشارد، والفرس العائر [1] ، والعبد الآبق [2] والمال المغصوب في يد الغاصب لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ، وهذا غرر ، ولهذا قال ابن مسعود : « لاتشتروا السمك في الماء ، فانه غرر » ولأن القصد بالبيع تمليك التصرف ، وذلك لايمكن فيما لايقدر على تسليمه .

بيع الطير في برج أو السمك في بركة

فان باع طيراً في برج مغلق الباب أو السمك في بركة لاتتصل بنهر نظرت : فإن قدر

---

(١) الفرس العائر : عار يعير : إذا ذهب على وجهه. وفي الحديث : أصابه سهم عائر أي لايدري من رماه . وفي حديث آخر : « مثل المنافق مثل الشاة العائرة بين غنمين تعير الى هذه مرة ، والى هذه مرة لاتدري أيها تتبع »

(٢) أي العبد الهارب من سيده من « أبق » بفتح الباء وكسرها .

على تناوله إذا أراد من غير تعب جاز بيعه . وإن كان في برج عظيم أو بركة عظيمة لايقدر على أخذه الا بتعب لم يجز بيعه ، لأنه غير مقدور عليه في الحال .

وان باع العبد الآبق ممن يقدر عليه أو المغصوب من الغاصب أو ممن يقدر على أخذه منه ، جاز لأنه لاغرر في بيعه منه .

تحليل النص

إذا باع الشخص شيئاً لايقدر على تسليمه كالشيء الضال والعبد الآبق والمغصوب من غير غاصبه ، فالبيع باطل ، للعجز عن تسليم ذلك حالا ، ومن المعلوم أن إمكان تسليم المعقود عليه حسا أو شرعاً شرط من شروط انعقاد البيع ، فاذا اختل بطل العقد ، ولايشترط في الحكم بالبطلان اليأس من التسليم ، بل ظهور التعذر كاف .

والدليل على بطلانه اشتماله على الغرر ، وبيع الغرر منهي عنه ، قال الماوردي : **والغرر : ماتردد بين متضادين أغلبهما أخوفهما . وقيل : ماانطوت عنا عاقبته .**

وبناء عليه لايصح بيع ما يتعذر تسليمه كالطير في الهواء وان تعود الرجوع الى محله لما فيه من الغرر ، ولأنه لايوثق به لعدم عقله . كذلك لايصح بيع طير في برج مغلق الباب اذا كان لايقدر على تسليمه الا بتعب ومشقة .

وقد يصح بيع الشيء مع العجز عن التسليم اذا كان المشتري قادراً على التسلم كبيع العبد ممن يقدر على تسلمه أو المغصوب من الغاصب .

بيع العين الغائبة : (فصل) :

ولا يجوز بيع العين الغائبة اذا جهل جنسها أو نوعها لحديث أبي هريرة « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر . وفي بيع مالا يعرف جنسه أو نوعه غرر كبير ، فان علم الجنس والنوع بأن قال : بعتك الثوب المروي [1] الذي في كمي [2] أو العبد الزنجي [3] الذي في

(١) نسبة الى مرو ببلاد فارس .
(٢) الكم : مدخل اليد ومخرجها من الثوب ، والمراد به هنا شيء يخبأ فيه كالجيب ونحوه .
(٣) العبد الزنجي : بفتح الزاي ، زنجي وزنج ، ويجوز الكسر ، والفتح أفصح .

داري ، أو الفرس الأدهم (١) الذي في اصطبلي (٢) ففيه قولان :

المذهب القديم :

قال في القديم : والصرف يصح ، ويثبت له الخيار اذا رآه لما روى ابن أبي مليكة « أن عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة أرضا بالمدينة ناقله (٣) بأرض له بالكوفة ، فقال عثمان : بعتك مالم أره ، فقال طلحة : انما النظر لي ، لأني ابتعت مغيبا ، وأنت قد رأيت ماابتعت ،فتحاكما الى جبير بن مطعم ، فقضى على عثمان أن البيع جائز ، وأن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيبا » ولأنه عقد على عين ، فجاز مع الجهل بصفته كالنكاح .

المذهب الجديد :

وقال في الجديد (٤) : لايصح لحديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ، وفي هذا البيع غرر ، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم . فاذا قلنا بقوله القديم فهل تفتقر صحة البيع الى ذكر الصفات أم لا ؟

فيه ثلاثة أوجه : أحدها — أنه لايصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه .

والثاني — لايصح حتى تذكر الصفات المقصودة .

والثالث — انه لايفتقر الى ذكر شيء من الصفات ، وهو المنصوص في الصرف ، لأن الاعتماد على الرؤية ، ويثبت له الخيار اذا رآه فلا يحتاج الى ذكر الصفات . فان وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ثبت له الخيار ، وان وجده على ماوصف أو أعلى ففيه وجهان:

أحدهما — لاخيار له ، لأنه وجده على ماوصف ، فلم يكن له خيار ، كالمسلم فيه .

والثاني — أن له الخيار ، لأنه يعرف ببيع خيار الرؤية ، فلا يجوز أن يخلو من الخيار .

---

(١) الادهم : الاسود .

(٢) بقطع الهمزة لانه ليس من الاسماء التي تبدأ بهمزة الوصل المشار اليها بقول الشاعر :

وفي اسم است ابن ابنم سمع واثنين وامرىء وتأنيث تبع

(٣) ناقله يعني بادله .

(٤) للامام الشافعي رضي الله عنه مذهبان : قديم وجديد ، فالمذهب القديم مرجوع عنه غير معمول به الا في حوالي سبع عشرة مسألة ، وأما المذهب الجديد فهو المعول عليه وهو الذي كان من اجتهادات الشافعي بعد مجيئه الى مصر .

هل خيار الرؤية على الفور : وهل يكون له الخيار على الفور أم لا ؟ فيه وجهان :

قال ابن أبي هريرة : هو على الفور ، لأنه خيار تعلق بالرؤية ، فكان على الفور كخيار الرد بالعيب .

وقال أبو اسحق : يتقدر الخيار بالمجلس ، لأن العقد انما يتم بالرؤية ، فيصير كأنه عقد عند الرؤية ، فيثبت له خيار كخيار المجلس .

رؤية المبيع قبل العقد ثم الغيبة عنه :

وأما اذا رأى المبيع قبل العقد ثم غاب عنه ، ثم اشتراه ، فان كان مما لايتغير كالعقار وغيره جاز بيعه . وقال أبو القاسم الأنماطي : لايجوز في قوله الجديد ، لأن الرؤية شرط في العقد ، فاعتبر وجودها في حال العقد ، كالشهادة في النكاح . والمذهب :الاول [1] لأن الرؤية تراد للعلم بالمبيع وقد حصل العلم بالرؤية المتقدمة ، فعلى هذا اذا اشتراه ثم وجده على الصفة الأولى أخذه ، وان وجده ناقصاً فله الرد ، لأنه ما التزم العقد فيه الا على تلك الصفة . وان اختلفا فقال البائع : لم يتغير ، وقال المشتري : تغير ، فالقول قول المشتري لأنه يؤخذ منه الثمن ، فلا يجوز من غير رضاه .

وان كان مما يجوز أن يتغير ، ويجوز أن لايتغير ، أو يجوز أن يبقى ، ويجوز ان لايبقى ففيه وجهان :

أحدهما — أنه لايصح ، لأنه مشكوك في بقائه على صفته .

والثاني — يصح ، وهو المذهب ، لأن الأصل بقاؤه على صفته ، فيصح بيعه قياساً على ما مالا يتغير .

تحليل النص

الكلام في هذا النص على حكم بيع الشيء الغائب وهو مالم يره المتعاقدان أو أحدهما ،

---

(١) أي أن المعتمد في المذهب هو القول الأول .

وان كان حاضراً ، وهو لا يصح على المعتمد من أقوال الشافعي للنهي عن بيع الغرر . وقيل وهو المذهب القديم : يصح اذا وصف المبيع بذكر جنسه ونوعه اعتماداً على الوصف ، ويثبت الخيار للمشتري عند الرؤية وان وجده كما وصف ، لحديث « ليس الخبر كالمعاينة[1] »

ودليل المذهب القديم حديث « من اشترى مالم يره فهو بالخيار اذا رآه» لكنه حديث ضعيف كما قال البيهقي ، وقال الدارقطني : انه باطل .

وبناء على المذهب القديم : ينفذ قبل الرؤية الفسخ دون الاجازة ويمتد في الأصح الخيار امتداد مجلس الرؤية . وقيل : يشترط أن يكون على الفور.

وبناء على الأظهر في اشتراط رؤية المبيع تكفي الرؤية قبل العقد فيما لا يتغير غالباً الى وقت العقد كالأرض والحديد ونحوه فان الغالب بقاء مثل هذه الأشياء على ماشاهده المشتري عليه . وليس المراد بالتغير حدوث عيب فيه ، فان خيار العيب لا يختص بهذه الصورة ، بل التغير عما كان عليه .

وان اختلف البائع والمشتري في التغير ، فقال البائع : هو بحاله ، وقال المشتري : بل تغير ، صدق المشتري بيمينه ، لأن البائع يدعي عليه علمه بهذه الصفة ، والأصل عدمه كدعوى علمه بالعيب .

أما ما يحتمل التغير وعدمه على السواء كالحيوان فالأصح صحة البيع . وأما مايتغير غالباً كالأطعمة فلا تكفي فيه الرؤية السابقة ، لأنها لم تفد معرفته حال العقد .

باب الربا[2]

تحريم الربا ودليل التحريم :

الربا[3] محرم ، والاصل فيه قوله تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا» وقوله

---

(١) رواه بهذا اللفظ الامام أحمد وابن حبان والغزالي في الاوسط .

(٢) راجع المهذب : حـ ١ ص ٢٧٠ وما بعدها .

(٣) اصل الربا : الزيادة ، وربا الشيء يربو : ازداد ، قال الله تعالى : « فلا يربو عند الله » أي لا يزيد .

تعالى : « الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس »[1]
روي في التفسير : حين يقوم من قبره . وروى ابن مسعود رضي الله عنه قـــال : « لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه » .

الأعيان الربوية : (فصل)

والأعيان التي نص على تحريم الربا فيها الذهب والفضة والبر والشعير ، والتمر والملح .
والدليل عليه ما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه قـال : « سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر ، والبر بالبر والشعير بالشعير ، والملح بالملح ، إلا سواء بسواء ، عيناً بعين ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى » .

علة كون النقدين من الاموال الربوية :

فأما الذهب والفضة : فإنه يحرم فيهما الربا لعلة واحدة ، وهو أنهما من جنس الأثمان[2] فيحرم الربا فيهما ، ولا يحرم فيما سواهما من الموزونات . والدليل عليه أنه لا يجوز أن يكون تحريم الربا لمعنى يتعداهما الى غيرهما من الأموال ، لأنه لو كان لمعنى يتعداهما الى غيرهما لم يجز اسلامهما[3] فيما سواهما من الأموال ، لأن كل شيئين جمعتهما علة واحدة في الربا لا يجوز اسلام أحدهما في الآخر كالذهب والفضة والحنطة والشعير ، فلما جاز اسلام الذهب والفضة في الموزونات والمكيلات وغيرهما من الأموال ، دل على أن العلة فيهما لمعنى لا يتعداهما ، وهو أنه من جنس الأثمان .

علة كون المطعومات الأربعة من الأموال الربوية :

فأما الأعيان الأربعة ففيها قولان :

---

(١) قوله تعالى : « يتخبطه الشيطان من المس » أي يقوم كما يقوم المجنون اذا صـــرع ، فيسقط والخبط بالضم كالجنون ، وليس به . والمس : الجنون . يقال : به مس ، وقد مس ، فهو ممسوس.
(٢) أي كونها ثمناً تشترى بهما الأشياء في تعامل الناس .
(٣) السلم والاسلام بمعنى السلف والاسلاف وسمي عقد السلم سلماً لما فيه من تسليم رأس المال في الحال.

قال في الجديد (١) : العلة فيها أنها مطعومة ، والدليل عليه ما روى معمر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال : « الطعام بالطعام مثلاً بمثل » والطعام: اسم لكل ما يتطعم . والدليل عليه قوله تعالى : وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم » وأراد به الذبائح . وقالت عائشة رضي الله عنها : مكثنا مع نبينا ﷺ سنة مالنا طعام الا الأسودان (٢) : الماء والتمر .

وقال لبيد :

لمعفر قهد ينازع شلوه ... غبس كواسب لا يمن طعامها (٣)

---

(١) أى قال الامام الشافعي في مذهبه الجديد .

(٢) الأسود : التمر دون الماء ، فنعتا بنعت واحد ، يفعل ذلك في الشيئين يصطحبان فيسميان معاً باسم الأشهر منها .

(٣) تفسير البيت : العفر والتعفير: الالقاء على العفر وهو اديم الارض ، لان البقرة الوحشية إذا أرادت فطام ولدها تمنعه ، ثم ترضعه بين اليوم واليومين تبلو بذلك صبره .

قال الجوهري : وهذا المعنى أراد لبيد، والقهد : مثل القهب : وهو الابيض الاكدر . ينازع : يجاذب ، وأصله من مجاذبة النازعين الدلو ، فاستعمل في كل شيء يتجاذب . الشلو : العضو من أعضاء اللحم ، واشلاء الانسان : أعضاؤه . الغبس : جمع أغبس وغبساء ، والغبسة : لون كلون الرماد ، وهو بياض فيه كدرة ، يقال : ذئب أغبس . الكواسب : جمع كاسب . والكسب : طلب الرزق ، يقال : كسبت واكتسبت . ما يمن طعامها : أي لا يقطع ،ومنه قوله تعالى : « لهم أجر غير ممنون » أي غير مقطوع . واللام في قوله « لمعفر » مكسورة وهي لام التعليل .

يقول الشاعر لبيد في معلقته مشبهاً ناقته في الاسراع في السير ببقرة وحشية وقد افترس السبع ولدها ، حين تركته وذهبت ترعى مع صواحبها ، فهي بعد أن ضيعت ولدها تطوف وتبغم لأجل جؤذر ملقى على الارض أبيض ، تجاذبت اعضاءه ذئاب أو كلاب غبس ، لا يقطع طعامها . أي لا تفتر في الاصطياد ، فينقطع طعامها . هذا اذا جعلت غبساً من صفة الذئاب، وان جعلتها من صفة الكلاب ، فمعناه : لا يقطع أصحابها طعامها . وتحرير المعنى : أنها تجد في الطلب ، لأجل فقدها ولداً قد ألقي على أديم الأرض ، وافترسته كلاب أو ذئاب صوائد ، قد اعتادت الاصطياد . وبما ان بقر الوحش بيض ماخلا أوجهها وأكارعها ، لذلك قال : قهد . والكسب : الصيد في هذا البيت (راجع شرح المعلقات السبع لأبي عبدالله الحسين ابن أحمد الزوزني : ص ١١٠) .

وأراد به الفريسة ، والحكم إذا علق على اسم مشتق ، كان ذلك علة فيه كالقطع في السرقة ، والحد في الزنى ، ولأن الحب مادام مطعوماً يحرم فيه الربا ، فاذا زرع وخرج عن أن يكون مطعوماً لم يحرم فيه الربا ، فإذا انعقد الحب ، وصار مطعوماً حرم فيه الربا ، فدل على أن العلة فيه كونه مطعوماً .

أنواع المطعومات :

فعلى هذا يحرم الربا في كل ما يطعم من الأقوات ، والإدام والحلاوات والفواكه والأدوية . وفي الماء وجهان :

أحدهما — يحرم فيه الربا ؛لأنه مطعوم فهو كغيره

والثاني — لا يحرم فيه الربا ، لأنه مباح في الأصل غير متمول [1] في العادة ، فلا يحرم فيه الربا .

وفي الأدهان المطيبة وجهان :

أحدهما — لا ربا فيها ؛لأنها تعد للانتفاع برائحتها دون الأكل .

والثاني — أنه يحرم فيها الربا . وهو الصحيح [2] لأنه مأكول ، وانما لا يؤكل، لأنه ينتفع به فيما هو أكثر من الأكل .

وفي البزر [3] ودهن السمك وجهان :

أحدهما - لا ربا فيه لانه يعد للاستصباح .

---

(١) يقال : تمول الرجل، ومال يمول مولاً : اذا صار ذا مال ، ومموله غيره . ومعنى « غير متمول » : لا يتخذ مالاً ، ولا يعد مالاً ، ويسمى المال مالاً ؛ لأنه يميل من هذا الى ذاك ، ومن ذاك الى هذا .

(٢) يشير بذلك الى أن الوجه الثاني ضعيف ، فيكون الخلاف ضعيفاً .

(٣) هو بزر الكتان وغيره ، وهو حبه ، يقال : دهن البزر ، والبزر بالضم ، والكسر أفصح .

والثاني – أنه يحرم الربا فيه ، لأنه مأكول ، فأشبه الشيرج (١) . وقال في القديم : العلة فيها أنها مطعومة مكيلة أو مطعومة موزونة ..والدليل عليه أن النبي ﷺ قال : « الطعام بالطعام مثلاً بمثل » والمماثلة : لا تكون إلا بالكيل أو بالوزن ، فدل على أنه لا يحرم إلا في مطعوم يكال أو بوزن. فعلى هذا لا يحرم الربا فيما لا يكال ولا يوزن من الاطعمة كالرمان والسفرجل والقثاء والبطيخ وما أشبهها .

تحليل النص

أثبت المصنف تحريم الربا بأدلة من القرآن والسنة . ثم خصص فصلاً عن الكلام في الاصناف الربوية التي يجري فيها الربا معتمداً حديث ابن الصامت رضي الله عنه ، وقد أجمع المسلمون على تحريم الربا في هذه الاعيان الستة المنصوص عليها ، واختلفوا فيما سواها ، ففال الظاهرية ، والشيعة : لا تحريم في الربا في غيرها . وقال سائر العلماء : لا يتوقف تحريم الربا عليها ، بل يتعدى الى ما في معناها ، وهو ما وجدت فيه العلة التي هي سبب تحريم الربا في السنة . واختلف فقهاء المذاهب الاربعة في تعيين هذه العلة .

فأما الذهب والفضة فالعلة عند الشافعي فيهما كونهما جنس الأثمان غالباً بدليل أنه يجوز اسلاف الذهب والفضة في غيرهما من الموزونات بالاجماع كالحديد وغيره ، فلو كان الوزن علة – كما يقول الحنفية – لم يجز السلم بين الموزونين ، كما لا يجوز اسلام الحنطة في الشعير ، والدراهم في الدنانير ، ولأن أبا حنيفة جوز بيع المضروب من النحاس والحديد والرصاص بعضه ببعض متفاضلا ، ولو كانت العله الوزن لم يجز ذلك .

وأما المطعومات الأربعة ففيها قولان : قال الشافعي في القديم : العلة : الطعم مع التقدير في الجنس بالكيل والوزن ، فلا ربا فيما لا يكال ولا يوزن كالسفرجل والرمان والبيض . وقال في الجديد وهو الأظهر : العلة : الطعمية ، فيحرم الربا في كل مطعوم سواء أكان مما يكال أو يوزن أو غيرهما ، ولا يحرم في غير المطعوم ، فيجري الربا في السفرجل والبطيخ والرمان والبقول والخضروات وغيرها من المطعوم ، لقوله صلى الله عليه وسلم :

---

(١) هو دهن السمسم – بكسر السينين .

« الطعام بالطعـــام » فدل على أن العلة الطعم وان لم يكل ولم يوزن ، لأنه علق ذلك على الطعام وهواسم مشتق ، وتعليق الحكم على الاسم المشتق يدل على التعليل بما منه الاشتقاق وهو المصدر .

فعلى هـذا يكون الطعام شاملا لكل ما قصد للطعم - أي الاكل غالباً - اقتياتاً أو تفكها أو تداويا .واختلف في بعض الاصناف كالماء ففيهوجهان اصحها يحرم لأنهمطعوم، قال تعالى : « ومن لم يطعمه فانه مني » . واما الادهان فمنها مايراد للأكل كالزبد والسمن والزيت والشيرج ودهن الجوز واللوز فيحرم فيها الربا ومنهـا ما يراد للطيب كدهنالبنفسج والورد والياسمين ، وأصح الوجهين فيها أنها ربوية ، ومنها ما يراد للاستصباح كدهن السمك وبزر الكتان [١] ودهنه ، وأصح الوجهين فيها أنها ليست بربوي .

الأصناف التي لايجري فيها الربا : (فصل)

وما سوى الذهب والفضة والمأكول والمشروب ، لايحرم فيها الربا ، فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلًا ونسيئة ، ويجوز فيها التفرق قبل التقابض، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال : أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أجهز جيشاً ، فنفذت الابل ، فأمرني أن آخذ على قلاص الصدقة [٢] ، فكنت آخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة » [٣] وعن علي كرم الله وجهـه أنه باع جملًا الى أجل بعشرين بعيراً [٤] . وباع ابن عباس رضي‌الله عنه بعيراً بأربعة أبعرة . واشترى ابن عمر رضي الله عنه راحلة بأربع رواحل ، ورواحـــله

---

(١) بفتح الكاف وكسرها .

(٢) وهو جمع قلوص : وهي من الابل : الفتية الشابة بمنزلة الجارية من النساء . والبعير من الابل بمنزلة الانسان : يقع على الذكر والانثى .

(٣) رواه ابو داود ، وسكت عليه . قال الامام النووي رحمه الله : فيقتصي انه عنده حسن ، وان كان في إسناده نظر . لكن قال البيهقي : له شاهد صحيح ، فذكره باسناده الصحيح ، وهده الرواية الصحيحة رواها ايضاً الدارقطني باسناد صحيح .

(٤) هذا الاثر رواه مالك في الموطأ والشافعي في مسنده وفي الام باسنـــاد صحيح ، لكن في اسناده انقطاع .

بالزبدة[1]. واشترى رافع بن خديج رضي الله عنه بعيراً ببعيرين ، فأعطاه أحدهما ، وقال : آتيك بالآخر غداً [2] . ولايجوز نسيئة بنسيئة لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالىء بالكالىء (٣) قال أبو عبيد : هو النسيئة بالنسيئه . (راجع المهذب : ج ١ ص ٢٧١) .

تحليل النص

في هذا النص حكمان لمسألتين : احداهما أن ما سوى الذهب والفضة والمطعوم لايحرم فيه الربا ، فيجوز بيع البعير بأبعرة ، وشاة بشياه ، وثوب بثياب ، وصاع جص أو اشنان بصيعان ورطل غزل بأرطال من جنسه واشباه ذلك .

المسألة الثانية : لايجوز بيع نسيئة بنسيئة بأن يقول شخص لآخر : بعني ثوباً في ذمتك بصفة كذا الى شهر كذا بدينار مؤجل الى وقت كذا ، فيقول البائع : بعت ، وهـــذا بيع باطل بلا خلاف .

شرط الجنس وأثره في الربا : (فصل) :

فأما ما يحرم فيه الربا فينظر فيه : فان باعه بجنسه حرم فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض، لما روى عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله علية وسلم قال : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، والتمر بالتمر ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ،

---

(١) هذا اثر صحيح رواه مالك في الموطأ والشافعي وذكره البخاري في صحيحه تعليقاً .
والراحلة : البعير النجيب . والربذة – بفتح الراء والباء والذال : موضع على ثلاث مراحل من المدينة أي على بعد أميال من المدينة .

(٢) هذا اثر صحيح ذكره البخاري في صحيحه تعليقاً .

(٣) رواه الدارقطني والبيهقي باسناد ضعيف . والكالىء بالكالىء : هو النسيئة بالنسيئة وهي أن يشتري الرجل شيئاً بثمن مؤجل ، فاذا حل الاجل لم يجد مايقضي به ، فيقول المشتري للبائع : بعه مني الى اجل آخر بزيادة شيء ، فيبيعه منه ولايجري بينهما تقابض . ويحتمل معناه أن يشتري رجل من آخر شيئاً موصوفاً في الذمة يسلمه الى أجل بثمن مؤجل. يقال : كلأ الدين : اذا تأخر . والنساء والنسيئة : هو التأخير .

يداً بيد ، فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد » (١)

فان باعه بغير جنسه ، نظرت : فان كان مما يحرم الربا فيها لعلة واحدة (٢) كالذهب والفضة والشعير والحنطة ، جاز فيه التفاضل ، وحرم فيه النساء ، والتفرق قبل التقابض ، لقوله ﷺ : « فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد » فان تبايعا وتخايرا في المجلس قبل التقابض بطل البيع ، لأن التخاير كالتفرق ، ولو تفرقا قبل التقابض بطل العقد ، فكذلك اذا تخايرا .

وان تبايعا دراهم بدنانير في الذمة وتقابضا ثم وجد أحدهما بما قبض عيباً نظرت :

فان لم يتفرقا جاز أن يرد ، ويطالب بالبدل ، لأن المعقود عليه ما في الذمة ، وقد قبض قبل التفرق .

وان تفرقا ففيه قولان :

أحدهما — يجوز إبداله ، لأن ما جاز إبداله قبل التفرق جاز بعده كالمسلم فيه .

والثاني — لا يجوز ، وهو قول المزني ، لأنه اذا أبدله صار القبض بعد التفرق وذلك لا يجوز .

وإن كان مما يحرم فيها الربا بعلتين (٣) كبيع الحنطة بالذهب ، والشعير بالفضة حل فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض ، لاجماع الامه على جواز اسلام الذهب والفضة في المكيلات المطعومه (٤) .

---

(١) يداً بيد : له تأويلان : احدهما ـ ان يعطي البائع المبيع بيد ويتناول الثمن باليد الأخرى . والثاني : ان يقبضه في المجلس قبل التفرق .

(٢) أي أن التبادل يجري في شيئين تجمعها علة واحدة وهي اما الثمنية في النقدين أو الطعمية في المطعومات .

(٣) أي أن التبادل يتم بين نوعين من الاشياء الربوية الا أن كلا منها له علة ربوية تختلف عن العلة الأخرى ، فمثلا ان العلة في الذهب هي الثمنية ، وفي الحنطة هي الطعمية .

(٤) راجع المهذب : جـ ١ ص ٢٧٢ .

تحليل النص

اذا باع الانسان مالاً ربوياً فله ثلاثة أحوال [1] :

أحدها — أن يبيعه بجنسه فيحرم فيه ثلاثة أشياء: التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض.

الثاني — أن يبيعه بغير جنسه والبدلان مما يحرم فيها الربا بعلة واحدة كالذهب والفضة، والحنطة بالشعير ، والتمر بالملح ، والزيت بالعسل فيجوز فيها التفاضل ، ويحرم فيها النساء والتفرق قبل التقابض .

وحيثما نشترط حدوث التقابض في مجلس العقد ، ثم يحصل التفرق بين المتعاقدين قبل التقابض ، بطل العقد ان تفرقا عن تراض ، والا فلا يبطل ،لأن تفرقها حينئذ كلا تفرق.

واذا حصل تخاير [2] في مجلس العقد قبل التقابض ، فهو كالتفرق بين المتعاقدين فيبطل العقد . والتخاير : هو الزام العقد قبل التقابض . وهو كالتفرق قبل التقابض في أنه يبطل العقد الربوي سواء أتقابضا قبل التفرق أم لا .

وان وجد عيب في أحد البدلين في بيع الدراهم بالدنانير وذلك بعد القبض : فان لم يتفرق المتعاقدان يجوز الرد ، وان تفرقا فهناك قولان : أرجحها أنه لايجوز الابدال بشيء آخر لأنه يصير القبض في المستحق واقعاً بعد التفرق [3] .

الثالث — أن يبيعه بغير جنسه والبدلان مما يحرم فيها الربا بعلتين كبيع الحنطة بالذهب ، فيحل فيها التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض .

---

(١) راجع شرح المجموع للامام النووي رضي الله عنه : ج ٩ ص ٤٠٤

(٢) ينقطع خيار المجلس عند الشافعية بالتخاير من العاقدين بأن يختارا لزوم العقد بلفظ كقولها : تخايرنا أو اخترنا أو غيره كقولها : أمضينا العقد أو ألزمناه أو أجزناه ونحوها (راجع مغني المحتاج : ٢ ص ٤٤)

(٣) راجع تكملة المجموع للسبكي : حـ ١٠ ص ١٢٣ .

بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح : (فصل) :

ولايجوز بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها . وروى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ثمرة النخل حتى تزهى [١] ، والسنبل و لزرع حتى يبيض ويأمن العاهة [٢] . ولأن المبيع انما ينقل على حسب العادة ، ولهذا لو اشترى بالليل متاعاً لم يكلف نقله حتى يصبح . والعادة في الثمار: تركها الى أوان الجداد ، فاذا باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن تصيبها عاهة فتتلف ، وذلك غرر من غير حاجه ، فلم يجز .

بيعها بشرط القطع :

وان باعها بشرط القطع جاز ، لأنه يأخذه قبل أن يتلف فيأمن الغرر .

بيع الثمرة مع الأصل :

وان باع الثمرة مع الأصل والزرع مع الارض قبل بدو الصلاح جاز ؛ لأن حكم الغرر يسقط مع الأصل كالغرر في الحمل [٣] يسقط حكمه اذا بيع مع الأصل .

وان باع الثمرة ممن يملك الاصل أو الزرع ممن يملك الأرض ففيه وجهان :

أحدهما — يصح ؛ لأنه يحصل لمالك الأصل ، فجاز ، كما لو باعها مع الشجر والارض.

والثاني — لايصح لأنه أفرده بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع ، فأشبه اذا باعها من غير مالك الاصل .

---

(١) تزهى : أن تحمر وتصفر ، يقال : زها يزهو ، وأزهى يزهى .

(٢) العاهة : يعني الآفة التي ربما تصيب الزرع وتفسده ، يقال : أعاه القوم وأعوهوا : اذا أصاب ثمارهم أو ماشيتهم العاهة .

(٣) أي كبيع حمل موجود في بطن أمه لايصح لوجود الغرر: وهو احتمال وجوده وعدمه ، فان بيع مع أمه صح .

بيع الثمار بعد بدو الصلاح :

وان بدا صلاحها جاز بيعها بشرط القطع ، لحديث ابن عمر رضي الله عنه ، ولأنه اذا جاز بيعه بشرط القطع قبل بدو الصلاح ، فلأن يجوز بعد بدو الصلاح أولى .

ويجوز بيعها مطلقاً للخبر ، ولأنه أمن من العاهة ، فجاز بيعها مطلقاً كسائر الأموال، ويجوز بيعها بشرط التبقية الى الجداد للخبر ، ولأن اطلاق البيع يقتضي التبقية الى أوان الجداد ، فاذا شرط التبقية فقد شرط مايقتضيه الاطلاق فجاز[1] .

تحليل النص

لايصح بيع الثمر والزرع ويحرم قبل ظهور صلاحه ان بيع منفرداً عن الشجر الا بشرط القطع في الحال أي منجزاً ، وأن يكون المقطوع منتفعا به كلوز وحصرم وبلح ، فيجوز حينئذ بالاجماع المخصص لخبر ابن عمر السابق ذكره ، وأما مالا ينتفع به كالكمثرى فلا يصح بيعه .

ويصح بيع الثمار والزروع بعد بدو الصلاح ، والمعنى الفارق بين الحالتين أمن العاهة بعده غالباً ، أما قبل بدو الصلاح فتسرع اليه العاهة لضعفه ، فيفوت الثمن على صاحبه بتلف المشترى . والى هذا المعنى نبه الرسول ﷺ بقوله : « أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يستحق أحدكم مال أخيه ؟ ! » .

وان تم البيع قبل بدو الصلاح بشرط القطع جاز البيع ، كما يفهم من الكلام السابق. كذلك يصح البيع اذا بيعت الثمرة مع الشجرة لزوال الغرر ، ولا يشترط حينئذ قطع الثمرة، لأنها هنا تابعة للاصل ، وهو غير متعرض للعاهة ، ولا يصح في هذه الحالة اشتراط القطع ، لأن فيه حجراً على المشتري في ملكه .

أما بيع الثمرة من مالك الأصل أو الزرع من مالك الأرض ففيه رأيان لأصحاب الشافعي أرجحها الجواز .

---

(١) راجع المهذب : حـ ١ ص ٢٨١ .

فان بدا صلاح الثمر جاز بيعه مطلقاً من غير شرط قطع ولاتبقية ، وبشرط قطعه وبشرط ابقائه ، أخذا من مفهوم حديث النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، رواه الشيخان ، فيجوز بعد بدوه .

معنى بدو الصلاح « فصل » :

وبدو الصلاح في الثمار : أن يطيب أكلها ، فان كان رطباً بأن يحمر أو يصفر . وان كان عنباً أسود بأن يتموه[١] ، وان كان أبيض بأن يرق ويحلو ، وإن كان زرعاً بأن يشتد . وإن كان بطيخاً بأن يبدو فيه النضج . وإن كان قثاء بأن يكبر بحيث يؤخذ ويؤكل .

والدليل عليه : ماروى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم .

فان وجد بدو الصلاح في بعض الجنس من حائط[٢] جاز بيع ذلك الجنس كله في ذلك الحائط ، لأنا لوقلنا : لايجوز الا فيما بدا صلاح فيه أدى الى المشقة والضرر بسوء المشاركة .

ولايجوز أن يبيع مالم يبد فيه الصلاح من جنس آخر ، ولا مالم يبد فيه الصلاح من ذلك الجنس من حائط آخر ، لأن المنع من ذلك لايؤدي الى الضرر بسوء المشاركة . فان بدا الصلاح في بعض الجنس في حائط ، فباع منه مالم يبد فيه الصلاح مفردا من غير شرط القطع ففيه وجهان :

أحدهما — يجوز ، لأنا جعلناه في حكم ما بدا فيه الصلاح ، فجاز افراده بالبيع .

---

(١) بأن يتموه : له تأويلان : أحدهما — حتى تدور فيه الحلاوة مأخوذ من الماء اللين أصله ماه . والثاني — معناه يبدو فيه الصفرة من موهت الفضة اذا صفرتها بالذهب .

(٢) الحائط : هو البستان ، ويسمى بذلك لانه تحوط عليه بالحيطان وهي الجدر ، ومنه اشتقت الحياطة التي هي الحفظ ، وقد حوط كرمه تحويطاً : أي بنى حوله .

والثاني – لايجوز ، لأنه انما جعل في حكم مابدا فيه الصلاح تبعاً لما بدا فيه الصلاح ، وما أجيز بيعه تبعاً لغيره لم يجز افراده بالبيع كالحمل .

موعد قطع الثمار والزرع « فصل »:

اذا ابتاع زرعاً أو ثمرة بعد بدو الصلاح لم يكلف قطعه قبل أوان الحصاد والجذاذ [1] ، لأن العادة فيها تركها الى الحصاد والجذاذ ، فلم يكلف نقله قبله ، كما نقول فيمن اشترى متاعاً بالليل : انه لايكلف نقله الا بالنهار ، فان احتاجت الثمرة أو الزرع الى السقي لزم البائع ذلك ، لأنه يجب عليه تسليمها في حال الجداد والحصاد ، وذلك لايحصل الا بالسقي ، فلزمه [2] .

تحليل النص

بدو صلاح الأشياء : صيرورتها الى الصفة التي تطلب فيها غالباً . ففي الثمر : ظهور مبادىء النضج والحلاوة فيما لا يتلون منه بأن يتموه ويلين ، وفيما يتلون يكون بدو صلاحه بأن يأخذ في الحمرة أو السواد أو الصفرة كالبلح والمشمش والاجاص ، وفي نحو القثاء بأن يجنى مثله غالباً للأكل ، وفي الحبوب : اشتدادها .

ويكفي بدو صلاح بعض الثمر وان قل ، لأن الله تعالى امتن علينا ، فجعل الثمار لاتطيب دفعة واحدة اطالة لزمن التفكه .

ويعتبر بدو الصلاح في الجنس الواحد وفي البستان الواحد ، فلا يعتد بظهور صلاح جنس آخر ولا بستان آخر ، اذ أن الجنس الواحد لايتبع جنساً آخر .

---

(١) الجذاذ والحصاد : بضم الجيم وكسرها ، والجداد أو الجذاذ : قطع الثمرة ، والحصاد في الزرع ، يقال : قد أجذ النخل : أي حان له أن يجذ ، وهذا زمان الجذاذ ،وجذ الشيء: اذا قطعه ، وكذا الجذاذ في الرطبة : هو قطعها أيضاً .

(٢) راجع المهذب : ١ ص ٢٨١ .

فان بيع ما لم يبد صلاحه على الانفراد من غير شرط قطعه في الحال مع أن بعضه الآخر ظهر صلاحه أي أنه تعددت الصفقه ، ففيه وجهان أرجحها عدم الجواز عند الرافعي وغيره (١) .

ثم ذكر المصنف في فصل مستقل موعد قطع الثمار والزرع وهو حين حلول موسم القطاف والحصاد ، ويجب على البائع التخلية الى أوان الحصاد . هذا وقد ذكر أيضاً أن البائع ملزم بما تحتاجه الثمرة أو الزرع من ماء السقي الى أوان الجذاذ .

الزام المالك ببيان العيب : « فصل »

ومن ملك عيناً وعلم بهـا عيباً لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، لما روى عقبة بن عامر رضي الله عنه قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : « المسلم أخو المسلم ، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً يعلم فيه عيباً الا بينه له » فان علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه لما روى أبو سباع قال : اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع ، فلما خرجت بها أدركنا عقبة بن عامر ، فقال : هل بين لك مافيها ؟ قلت : ومافيها ؟ انها لسمينة ظاهرة الصحة . فقال : أردت بها سفراً أم أردت بها لحماً ؟ قلت : أردت عليها الحج ، قال : ان بخفها نقباً (٢) قال صاحبها : أصلحك الله ، ما تريد ، الى هـذا تفسد علي ؟ قال : اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لايحل لأحد يبيع شيئاً الا بين مافيه » ولا يحل لمن يعلم ذلك الا بينه ، فان باع ولم يبين العيب صح البيع لأن النبي صلى

---

(١) انظر تكملة المجموع للسبكي : حـ ١١ ص ٣٦٤

(٢) النقب : بالتحريك ، نقب البعير : اذا رقت أخفافـه ، وأنقب الرجل : اذا نقب بعيره ، ونقب الخف الملبوس : اذا تخرق .

الله عليه وسلم صحح البيع في المصراة مع التدليس بالتصرية [١] .

خيار العيب : « فصل »

فان لم يعلم العيب واشتراه ، ثم علم بالعيب ، فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد ، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ، ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرجوع بالثمن ، كما قلنا في المصراة [٢] . فان ابتاع شيئاً ولاعيب به ثم حدث به عيب في ملكه نظرت .

فان كان حدث قبل القبض ثبت له الرد ، لأن المبيع مضمون على البائع ، فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب ، كما قبل العقد .

وان حدث العيب بعد القبض نظرت :

فان لم يستند الى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد ، لأنه دخل المبيع في ضمانه ، فلم يرد بالعيب الحادث . وان استند الى ماقبل القبض بأن كان عبداً فسرق أو قطع يداً قبل القبض ، فقطعت يده بعد القبض ففيه وجهان :

أحدهما — أنه يرد وهو قول أبي اسحق ، لأنه قطع بسبب كان قبل القبض ، فصار كما لو قطع قبل القبض .

والثاني — أنه لايرد وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، لأن القطع وجد في يد المشتري ، فلم يرد ، كما لو لم يستند الى سبب قبله [٣] .

---

(١) المصراة : هي التي لا تحلب أياماً حتى يجتمع اللبن في ضرعها . وأصل التصرية : الحبس والجمع . وفسرها الشافعي : أنها التي تصر أخلافها ولا تحلب أياماً ، والمحفلة مثل المصراة . والتدليس في البيع : هو كتمان عيب السلعة عن المشتري . والمدالسة كالمخادعة . يقال : فلان لا يدالسك : أي لا يخادعك ، مأخوذ من الدلسة وهي الظلمة . قال الهروي : هو اخفاء العيب .

(٢) أى أن المشتري بالخيار بين أن يمسك الشاة المصراة وبين أن يردها ويسترجع الثمن لحديث معروف في ذلك .

(٣) راجع المهذب : حـ ص ٢٨٣ وما بعدها .

تحليل النص

الكلام في الفصل الاول يتعلق في الزام البائع ببيان العيب الذي يكون في المبيع للأمر بذلك من الرسول عليه السلام ، ويلزم غير المالك ببيان العيب اذا علم به لعموم الأمر بذلك . فان تم البيع بدون بيان العيب صح البيع بدليل صحة بيع الشاة المصراة باقوار الرسول صلى الله عليه وسلم .

فان كان في المبيع عيب كان موجوداً عند العقد أو حدث قبل القبض ، ولم يعلم به المشتري فيثبت للمشتري حق الخيار بين امساك المبيع والرضا به أو رده على صاحبه والرجوع بالثمن . أما العيب الموجود عند العقد فلا خلاف فيه ، وأما الحادث بعد العقد وقبل القبض فلأن المبيع حينئذ من ضمان البائع ، فكذا تكون صفته أو جزؤه من ضمانه أيضاً .

وأما العيب الحادث بعد القبض : فان كان ذلك بسبب متقدم على القبض أو العقد كقطع يد عبد أو أمة بجناية أو سرقة سابقة على القبض فيثبت للمشتري حق الرد بذلك العيب في الأصح ، لأن قطع يده لتقدم سببه فكان كالعيب القديم الموجود قبل العقد . وان كان العيب حادثاً بعد القبض بدون سبب قديم فلا خيار للمشتري في الرد به ؛ لأن المبيع بالقبض صار من ضمانه فتكون أجزاؤه وصفاته من ضمانه أيضاً .

باب بيع المرابحة [1]

البيع مرابحة :

من اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال ، أو بأقل منه وبأكثر منه لقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » ويجوز أن

---

(١) راجع المهذب : حـ ١ ص ٢٨٨ .

يبيعها مرابحة : وهو أن يبين رأس المال وقدر الربح بأن يقول : ثمنها مائة ، وقد بعتكها برأس مالها ، وربح درهم في كل عشرة ، لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه كان لايرى بأساً بده يازده ، وده دوازده (1) ولأنه ثمن معلوم ، فجاز البيع به ، كما لو قال : بعتك بمائة وعشرة .

البيع مواضعة :

ويجوز أن يبيعها مواضعة بأن يقول : رأس مالها مائة وقد بعتك برأس مالها ، ووضع درهم (2) من كل عشرة ، لأنه ثمن معلوم فجاز البيع به ، كما لو قال بعتك بمائة الا عشرة .

بيع بعض المبيع مرابحة :

ويجوز أن يبيع بعضه مرابحة : فان كان مما لاتختلف أجزاؤه كالطعام والعبد الواحد ، قسم الثمن على أجزائه ، وباع ما يريد بيعه منه بحصته .

وان كان مما يختلف كالثوبين والعبدين قومها ، وقسم الثمن عليها على قدر قيمتها ، ثم باع ماشاء منها بحصته من الثمن ، لأن الثمن ينقسم على المبيعين على قدر قيمتها ، ولهذا لو اشترى سيفاً وشقصاً (3) بألف ، قسم الثمن عليها على قدر قيمتها ، ثم أخذ الشفيع (4) الشقص بما يخصه من الثمن على قدر قيمته .

---

(1) ده : عشرة بالفارسية . ويازده : أحد عشر ، ودوازده : اثنا عشر أي لايرى بأساً ان يبيع ما اشتراه بعشرة بأحد عشر أو باثني عشر .

(2) أي حط درهم يقال : وضع له في البيع من الثمن : أي حط عنه .

(3) الشقص : القطعة من الارض ، والطائفة من الشيء ، وأصله الجزء والنصيب ، والسهم ، مأخوذ من المشقص وهو من النصال : ما طال وعرض .

(4) أي الجار والشريك ، فانه يستحق أخذ المبيع بثمنه ، ويفسخ البيع الاول دفعاً لأذى جار أو شريك ضار .

تحليل النص

يصح بيع المرابحة من غير كراهة لعموم قوله تعالى « وأحل الله البيع » وهو أن يشتري انسان شيئاً بمائة مثلاً ثم يقول لغيره وهما عالمان بذلك :بعتك بمائتين أو بما اشتريت وربح درهم لكل عشرة أو ربح ده يازده ؛ لأن الثمن معلوم ، فكان مثل بعتك بمائة وعشرة .

وده يازده يعني كل عشرة ربحها درهم ، وده دوازده ؛ أي كل عشرة ربحها درهمان .

ويصح أيضاً بيع المحاطة ويقال لها المواضعة والمخاسرة كقول انسان لغيره : بعت هذا الشيء بما اشتريت وحط درهم لكل عشرة أو حط درهم من كل احد عشرة .

ويجوز بيع بعض الشيء مرابحة ، ويقسم الثمن على اجزاء المبيع ان كان مما لا تختلف اجزاؤه . فان اختلفت اجزاؤه كثوبين مثلاً قسم الثمن بحسب قيمتها ، ثم بيع احدهما بقدر قيمته .

باب السلم [1]

مشروعية السلم :

السلم [2] جائز لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » قال ابن عباس : أشهد أن السلف المضمون الى أجل قد أحله الله في كتابه وأذن فيه فقال : « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » .

---

(١) راجع المهذب : ١ ص ٢٩٦ وما بعدها .

(٢) السلم : اسم من أسلمت : وهو تسليم رأس المال . والسلف : كل ما قدمه الانسان قبله . ومنه السلف : الذين تقدموا من الآباء وغيرهم .

أهلية عاقد السلم (فصل) :

ولا يصح السلم الا من مطلق التصرف في المال ، لأنه عقد على مال ، فلا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع . قال الشافعي رحمه الله : ويصح السلم من الاعمى ، قال المزني رحمه الله : أعلم من نطقه أنه أراد الاعمى الذي عرف الصفات قبل أن يعمى . قال أبو العباس : هذا الذي قاله المزني حسن ، فأما الأكمه [1] الذي لا يعرف الصفات فلا يصح سلمه لأنه يعقد على مجهول ، وبيع المجهول لا يصح . وقال أبو اسحق : يصح السلم من الأعمى وإن كان أكمه لانه يعرف الصفات بالسماع .

صيغة عقد السلم (فصل) :

وينعقد بلفظ السلف والسلم . وفي لفظ البيع وجهان :

من أصحابنا من قال : لا ينعقد السلم بلفظ البيع ، فاذا عقد بلفظ البيع كان بيعاً ولا يشترط فيه قبض العوض في المجلس ؛ لان السلم غير البيع ، فلا ينعقد بلفظه . ومنهم من قال : ينعقد لانه نوع بيع يقتضي القبض في المجلس ، فانعقد بلفظ البيع كالصرف .

ثبوت خيار المجلس فيه ، عدم ثبوت خيار الشرط فيه (فصل) :

ويثبت فيه خيار المجلس لقوله ﷺ : « المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا » ولا يثبت فيه خيار الشرط ، لانه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمامه ، ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العوض ، فلو أثبتنا فيه خيار الشرط أدى إلى أن يتفرقا قبل تمامه .

تحليل النص

الكلام في هذا النص يتناول عدة أمور :

أولها — مشروعية عقد السلم بدليل آية الدين .

---

(١) الأكمه : الذي يولد أعمى ، وقد كمه بالكسر كمها .

ثانيها – أهلية العاقد : وهو أن يكون راشداً كما في عقد البيع بأن يتصف بالبلوغ والصلاح لدينه وماله ، فلا يصح من صبي وان قصد اختباره ، ولا من مجنون ولا من محجور عليه بسفه .

ويصح السلم من الأعمى وإن كان أكمه ، لانه يعرف الصفات بالسماع ، ويوكل من يقبض عنه أو يقبض له رأس مال السلم والمسلم فيه ؛ لان السلم يعتمد الوصف لا الرؤية .

ثالث الامور – الالفاظ التي ينعقد بها السلم وهي أسلمت وأسلفت ولا ينعقد السلم في الاصح بلفظ البيع . قال الزركشي : وليس لنا عقد يختص بصيغة إلا هذا والنكاح . وقيل : ينعقد سلماً اعتباراً بالمعنى ، واللفظ لا يعارضه ، لان كل سلم بيع ، كما أن كل صرف بيع ، فاطلاق البيع على السلم اطلاق له على ما يتناوله ، وهذا ما رجحه العراقيون [1] .

رابع الامور – أن خيار المجلس يثبت في عقد السلم كبقية أنواع البيع ، لظاهر حديث خيار المجلس المذكور ، لان اسم البيع يشمل السلم . ولأن خيار الشرط لا يجوز اشتراطه في عقد السلم لاحد المتعاقدين ، لانه عقد لا يحتمل التأجيل ، والخيار أعظم غرراً من السلم ، لأنه مانع من الملك أو من لزوم الملك ، فلا يضم غرر الى غرر .

صحة السلم حالا ومؤجلا (فصل) :

ويجوز مؤجلا للآية [3] ، ويجوز حالا ، لانه اذا جاز مؤجلًا ، فلأن يجوز حالا ، وهو من الغرر أبعد : أولى .

---

(١) راجع مغني المحتاج : ٢ ص ١٠٢ ، ١٠٤

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٤٣ ، ٤٧ .

(٣) أي آية الدين .

صحة السلم في المعدوم :

ويجوز في المعدوم اذا كان موجوداً عند المحل [1] ، لما روى ابن عباس رضي الله عنه قال : قدم رسول الله ﷺ المدينة ، وهم يسلفون في الثمرة السنتين والثلاث ، فقال : « أسلفوا في كيل معلوم ، ووزن معلوم الى أجل معلوم » فلو لم يجز السلم في المعدوم لنهاهم عن السلم في الثمار السنتين والثلاث .

السلم في الموجود :

ويجوز السلم في الموجود ، لانه إذا جاز السلم في المعدوم ، فلأن يجوز في الموجود أولى ، لانه أبعد من الغرر .

تحليل النص

يصح السلم حالا ومؤجلا . أما المؤجل فدليله النص القرآني في آية الدين ، والاجماع . وأما الحال : فيجوز بالاولى لبعده عن الغرر . فإن قيل : قال رسول الله ﷺ : « الى أجل معلوم » أجيب بأن المراد العلم با لاجل ، لا الأجل كما في الكيل والوزن بدليل الجواز با لذرع أي كون المسلم فيه مبيعاً بالذراع ، وبدليل الجواز بالعد أي كون المسلم فيه فيما يعد .

وانما يصح حالاً اذا كان المسلم فيه موجوداً عند العقد ، والا اشترط فيه الأجل .

فإن قيل : ما فائدة العدول من البيع الى السلم الحال ؟ أجيب بأن فائدته جواز العقد مع غيبة المبيع ، فإن المبيع قد لا يكون حاضراً مرئياً ، فلا يصح بيعه ، وان أخره لاحضاره ربما فات على المشتري ، ولا يتمكن من فسخ العقد ، لأنه أصبح التزام تسليمه متعلقاً بالذمة ، فيلزم بالتسليم على كل حال .

---

(١) أي عند حلول أجل تسليم المسلم فيه .

ويصح السلم في أمر معدوم عند العقد ما دامت هناك قدرة على تسليمه حالة وجوب التسليم . كذلك يصح السلم في أمر موجود من باب أولى .

جواز السلم فيما ينضبط ويجوز بيعه (فصل) :

ويجوز السلم في كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته كالاثمان [١] والحبوب والثمار والثياب والدواب والعبيد والجواري والاصواف والاشعار [٢] والاخشاب والاحجار والطين والفخار [٣] والحديد والرصاص والبلور [٤] والزجاج وغير ذلك من الاموال التي تباع وتضبط بالصفات . والدليل عليه حديث ابن عباس في الثمار . وروى عبد الله بن أبي أوفى قال : كنا نسلف ورسول الله ﷺ فينا في الزيت والحنطة . وروى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ أمره أن يجهز جيشاً ، فنفدت الابل [٥] ، فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة [٦] ، وكان يأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة .

وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال في السلم في الكرابيس [٧] : « إذا كان ذرعاً معلوماً الى أجل معلوم ، فلا بأس » وعن أبي النضر قال : سئل ابن عمر رضي الله عنه عن السلم في السرق [٨] ، قال : لا بأس . والسرق :

---

(١) أي الدراهم والدنانير التي تعتبر ثمناً تقوم بها الاشياء .

(٢) الصوف من الضأن ، والشعر من المعز .

(٣) الفخار – بفتح الفاء وتشديد الخاء : الخزف الذي يعمل منه الآنية .

(٤) البلور : نوع من الزجاج ، جوهر أبيض شفاف من أصل الخلقه وقد يلون .

(٥) نفد الشيء : ذهب ، ولم يبق منه شيء ، وانفدته أنا انفاداً .

(٦) القلاص: جمع قلوص وهي من الابل : الفتية الشابة بمنزلة الجارية من النساء ، ويجمع على قلص وقلائص ، وقلاص جمع الجمع .

(٧) الكرابيس : جمع كرباس : الثوب الخشن .

(٨) السرق : بفتح السين والراء جمع سرقة ، وهي شقق الحرير . قال أبو عبيد : الا أنها البيض=

الحرير . فثبت جواز السلم فيما رويناه بالاخبار ، وثبت فيما سواه مما يباع ويضبط بالصفات [١] بالقياس على ما ثبت بالاخبار لأنه في معناه .

مالا يجوز السلم فيه مما لايضبط بالصفة (فصل) :

وأما ما لا يضبط بالصفة فلا يجوز السلم فيه ، لأنه يقع البيع فيه على مجهول ، وبيع المجهول لا يجوز . قال الشافعي رحمه الله : ولا يجوز السلم في النبل ، لان دقته وغلظه مقصود ، وذلك لا يضبط . ولا يجوز في الجواهر كاللؤلؤ والعقيق والياقوت والفيروزج والمرجان [٢] لان صفاءها مقصود ، وعلى قدر صفائها يكون ثمنها ، وذلك لا يضبط بالوصف ، ولا يجوز السلم في الجلود ، لان جلد الاوراك [٣] غليظ ، وجلد البطن رقيق ، ولا يضبط قدر رقته وغلظه ، ولانه مجهول المقدار ، لانه لا يمكن ذرعه [٤] لاختلاف أطرافه . ولا يجوز في الرق[٥] لانه لا يضبط رقته وغلظه ، ويجوز في الورق لانه معلوم القدر ، معلوم الصفة .

السلم فيما عملت فيه النار (فصل) :

ولا يجوز فيما عملت فيه النار كالخبز والشواء ؛ لأن عمل النار فيه يختلف ، فلا يضبط . واختلف اصحابنا في اللبأ (٦) المطبوخ : فقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني رحمه الله : لا يجوز ، لأن النار تعقد أجزاءه ، فلا يضبط ؛ وقال القاضي أبو الطيب الطبري رحمه الله : يجوز ؛ لان ناره لينة .

= منها ، وأصل هذه الكلمة بالفارسية : سره ، فعرب فجعلت هاؤه قافاً .

(١) يضبط بالصفات : ضبط الشيء حفظه بالحزم . والرجل ضابط : أي حازم ، قال الهروي: الضبط:لزوم الشيء بقوة . ورجل ضابط : قوي شديد البطش .

(٢) الياقوت : معروف ، وهو حجر كريم صلب رزين شفاف تختلف ألوانه . والفيروزج ، جنس مثمن من الجواهر سماوي اللون . والمرجان ، بفتح الميم : صغار اللؤلؤ .

(٣) الاوراك جمع ورك : وهو ما فوق الفخذ كالكتف فوق العضد (مؤنثة) .

(٤) ذرع الثوب : قاسه بالذراع

(٥) الرق : جلد رقيق يكتب عليه ، قال الله تعالى : « في رق منشور » .

(٦) اللبأ : بتشديد اللام المكسورة وفتح الباء : أول اللبن في النتاج يجمد بنار لينة . يقال له عند العوام الصمغةوفي بلاد الشام يسمى الشمندور .

تحليل النص

حدد المصنف ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز . فيجوز السلم في كل مال يجوز بيعه وينضبط بالصفات والعلم بها ، فان لم تعرف لم يصح السلم لأن البيع لا يحتمل جهل المعقود عليه إذا كان عيناً فلأن لا يحتمل وهو دين أولى . وقد ذكرت أمثلة على ما تنضبط صفاته وأدلة ذلك من السنة والمعقول .

ولا يجوز السلم فيما لا ينضبط مقصوده لاختلاف انواعه وتنوع الغرض منه ، فيصبح المسلم فيه مجهولاً ، ولا يجوز بيع المجهول . وذلك كالاشياء التي ذكرها المصنف ونحوها من الأشياء المختلطة بغيرها كهريسة ومعجون وخف ونعل متخذين من شيئين فأكثر كظهارة وبطانة وحشو ، وكأقواس مركبة من خشب وعظم وعصب ، وكغالية وهي الطيب المجموع من المسك والعنبر والكافور يخلط بماء الورد ثم يسك على حجر ، فيطيب به .

ولا يصح السلم فيما تؤثر النار فيه كالخبز والشواء والمطبوخ في الاصح عند الاكثرين ، لتأثير النار فيه تأثيراً لا ينضبط ، ولأن ملحه يقل ويكثر .

ويصح السلم في الاصح في كل ما دخلته نار مضبوطة كالصابون والسكر واللبأ والدبس والآجر المطبوخ ، لأن تأثير النار فيها لطيف أي منضبط وان كانت النار كثيرة (١) .

---

(١) راجع مغني المحتاج : ٢ ص ١١٤ .

كتاب الشركة[1]

مشروعية الشركة :

يصح عقد الشركة [2] على التجارة لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : قال الله تعالى : « أنا ثالث الشريكين [3] ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فاذا خانا خرجت من بينهما » .

أهلية الشريك :

ولا تصح الشركة الا من جائز التصرف في المال ، لأنه عقد على التصرف في المال فلم تصح الا من جائز التصرف في المال .

ما تصح الشركة فيه وما لا تصح فيه (فصل) :

وتصح الشركة على الدراهم والدنانير ، لانها أصل لكل ما يباع ويبتاع ،وبها تعرف قيمة الاموال ، وما يزيد فيها من الارباح . فاما ما سواهما من العروض فضربان : ضرب لا مثل له ، وضرب له مثل . فأما ما لا مثل له كالحيوان والثياب فلا يجوز عقد الشركة عليها ، لانه قد تزيد قيمة احدها دون الآخر ، فان جعلنا ربح ما زاد قيمته لمالكه أفردنا احدهما بالربح ، والشركة معقودة على الاشتراك

---

(١) راجع المهذب : ١ ص ٣٤٥ وما بعدها .

(٢) يقال : شركه بالبيع يشركه شركة من باب علم ، والاسم من شرك وأشرك : الشرك بكسر الشين وتسكين الراء . يقال : شركة بكسر الشين واسكان الراء ، وشركة بفتح الشين وكسر الراء .

(٣) أنا ثالث الشريكين : معناه أنا معهما بالحفظ والرعاية ، فأمدهما بالمعونة في اموالها وانزل البركة في تجارتهما ، فاذا وقعت بينهم الخيانة رفعت عنهما البركة والإعانة ، وهو معنى « خرجت من بينهما »

في الربح . وان جعلنا الربح بينهما اعطينا من لم تزد قيمة ماله ربح مال الآخر ، وهذا لا يجوز .

وأما ما له مثل كالحبوب والادهان ففيه وجهان :

أحدهما ـ لا يجوز عقد الشركة عليه ، وعليه نص في البويطي [1] ، لانه من غير الاثمان ، فلم يجز عقد الشركة عليه كالثياب والحيوان .

والثاني ـ يجوز وهو قول أبي اسحق لانه من ذوات الامثال فأشبه الاثمان .

وان لم يكن لهما غير العروض وارادا الشركة باع كل واحد منهما بعض عرضه [2] ببعض عرض الآخر ، فيصير الجميع مشتركاً بينهما ، ويشتركان في ربحه .

تحليل النص

الشركة مشروعة بأدلة من القرآن مثل آية الاشتراك في الغنائم « واعلموا أنما غنمتم من شيء » ومن السنة مثل خبر السائب بن زيد ، كان شريك النبي ﷺ قبل المبعث ، وافتخر بشركته بعد المبعث ، ومثل خبر أبي هريرة المذكور الذي رواه أبو داود والحاكم وصحح اسنادهما.

ويشترط في الشريك كونه أهلا للتصرف بأن يكون بالغاً عاقلًا راشداً غير محجور عليه بسفه ، وبعبارة أخرى أن يكون كل من الشريكين أهلا للتوكيل والتوكل في المال .

وتصح الشركة في النقدين المضروبين من الدراهم والدنانير . وأما غير النقدين من المثليات كالبر والشعير والحديد فتصح فيه الشركة في الاظهر [3] . ويعتبر

---

(١) هوأبو يعقوب يوسف بن يحيى البويطي الذي استخلفه الشافعي في حلقته بعد وفاته في مصر ، كان عالماً فقيها زاهداً ، وله مختصر مشهور اختصره من كلام الشافعي .

(٢) العرض : بفتح العين وتسكين الراء وتفتح : مصدر بمعنى المتاع ,كل شيء سوى الدراهم والدنانير جمع عروض .

(٣) المراد به أظهر القولين أو الاقوال للامام الشافعي رضي الله عنه أي أرجحها المشعر بقوة القول الثاني .

تبر الدراهم والدنانير من المثلي ، فتصح فيه الشركة .

وأما غير المثلي وهو المتقوم كالحيوان والثياب فلا تصح الشركة فيه ، إذ لا يمكن الخلط في المتقومات ، لأنها أعيان متميزة ، وحينئذ قد يتلف مال أحدهما أو ينقص فلا يمكن قسمة الآخر بينهما .

والحيلة في الشركة في العروض كالثياب أن يبيع كل واحد منهما بعض عرضه ببعض عرض الآخر ويأذن له بعد التقابض في التصرف فيه .

شركة العنان (فصل) :

ولا يصح من الشرك الا شركة العنان [1] ، ولا يصح ذلك إلا أن يكون مال احدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته ، فان كان مال احدهما دنانير والآخر دراهم ، أو مال احدهما صحاحاً والآخر قراضة [2] أو مال احدهما من سكة ، ومال الآخر من سكة أخرى لم تصح الشركة ، لانهما مالان لا يختلطان فلم تصح الشركة عليهما كالعروض .

فان كان مال احدهما عشرة دنانير ، ومال الآخر مائة درهم وابتاعا بها شيئاً وربحا ، قسم الربح بينهما على قدر المالين ، فان كان نقد البلد احدهما قوم به الآخر ، فان استوت قيمتاهما استويا في الربح ، وان اختلفت قيمتاهما تفاضلا في الربح على قدر مالهما .

---

(١) العنان بكسر العين من عن الشيء : ظهر ، إما لانها أظهر الانواع ، أو لأنه ظهر لكل من الشريكين مال الآخر ، أو من عنان الدابة ، قال السبكي : وهو المشهور ، واما لاستواء الشريكين في ولاية التصرف والفسخ واستحقاق الربح بقدر المالين كاستواء طرفي العنان ، أو لمنع كل منهما الآخر التصرف كما شاء كمنع العنان الدابة ، أو لمنع الشريك نفسه من التصرف في المشترك ، مع أنه مطلق في سائر امواله . وقيل : من عن الشيء ، عرض ، لأن كلا منهما قد عرض له أن يشارك الآخر ، وقيل : بفتح العين من عنان السماء أي سحابه .

(٢) القراضة : بضم القاف وفتح الراء : وهي وحدات أو أجزاء عملة نقدية كاملة ، والصحاح : هي القطع الكاملة ، وقد كان الاختلاف بينها وبين الصحيح الكامل مؤثراً في الماضي ، لاختلاف اغراض الناس في هذا الوصف .

تحليل النص

كل أنواع الشركات عند الشافعية غير جائزة ما عدا شركة العنـــان : وهي أن يشترك اثنان في مال ليتجروا فيه . ويشترط فيها تماثل المالين في الجنس والصفة . فان اختلف الجنس كدراهم ودنانير أو الصفة كصحاح ومكسرة وحنطة جديدة وحنطة عتيقة أو بيضاء وسوداء أو بيضاء وحمراء فلا تجوز الشركة لامكان التمييز ، وإن كان فيه عسر ، فان خلطا حينئذ وتلف نصيب أحدهمـــا تلف عليه فقط وتعذرت الشركة في الباقي .

فإن اشترى شخصان متاعاً بدراهم ودنانير ثم باعاه وربحا ، وزع الربح بينهما على قدر المالين في القيمة باعتبار أن كلا منهما يستحق ربح ماله .

وأما السبب في بطلان جميع أنواع الشركات ما عدا شركه العنان عند الشافعية فهو لأنها خالية عن المال المشترك ، ولكثرة الغرر فيها لاسيما شركة المفاوضة .

اختلاط المالين شرط لصحة الشركة : « فصل » :

ولا تصح حتى يختلط المالان ، لأنه قبل الاختلاط لا شركة بينهما في مال ، ولأنا لو صححنا الشركة قبل الاختلاط ، وقلنا : إن من ربـح شيئاً من مـــاله انفرد بالربح افردنا أحدهما بالربح ، وذلك لايجوز .

وإن قلنا : يشاركه الآخر أخذ أحدهما ربح مال الآخر ، وهذا لايجوز .

تفاضل المالين في القدر :

وهل تصح الشركة مع تفاضل المالين في القدر ؟ فيه وجهـان : أحدهمـا لاتصح وهو قول أبي القاسم الانماطي ، لأن الشركة تشتمل على مال وعمل ، ثم لايجوز أن يتساويا في المال ، ويتفاضلا في الربح ، فكذلك لايجوز أن يتساويا في العمل ويتفاضلا في الربح ، وإذا اختلف مالهما في القـدر فقد تساويا في العمل ، وتفاضلا في الربح ، فوجب أن لا يجوز .

والثاني – تصح ، وهو قول عـامة اصحابنـــا ، وهو الصحيـح لأن المقصود بالشركة أن يشتركا في ربح مالهما ، وذلك يحصل مع تفاضل المالين ، كما يحصل مع تساويهما . وما قاله الانماطي من قياس العمل على المال لايصح ، لأن الاعتبار في الربـح بالمال لابالعمل . والدليل عليه أنه لايجوز أن ينفرد أحدهما بالمال ويشتركا في الربـح ، فلم يجز أن يستويا في المال ، ويختلفا في الربـح ، وليس كذلك العمل ، فإنه يجوز أن ينفرد أحدهما بالعمل ، ويشتركا في الربـح ، فجاز أن يستويا في العمل ، ويختلفا في الربـح .

تحليل النص

تناول هذا النص ناحيتين :

الأولى – أنه يشترط لصحة الشركة خلط المالين بحيث لايتميزان ، لأنه لايتحقق معنى الشركة بدون اختلاط المالين ، ولابد من كون الخلط قبل العقد ، حتى يتحقق الاشتراك حال العقد .

الناحية الثانية – أن الأصح عدم اشتراط تساوي قدر المالين بل إن الشركة تثبت مع تفاوتهما بحسب نسبة معينة في المـــالين ، لأنه لامحذور فيه ؛ اذ الربـح والخسارة على قدر المالين ، كما سيأتي بيانه .

تصرف الشريك منوط باذن شريكه : « فصل » :

ولايجوز لاحد الشركين أن يتصرف في نصيب شريكه إلا بإذنـــه ، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف تصرفا(١) . وأن أذن أحدهما ولم يأذن الآخر تصرف المأذون في الجميـع ، ولا يتصرف الآخر إلا في نصيبـه ، ولايجوز لاحدهما أن يتجر في نصيب شريكه إلا في الصنف الذي يـأذن فيه الشريك ، ولا أن يبيـع بدون ثمن المثل ، ولا بثمن مؤجل ، ولا بغير نقد البلد إلا أن يأذن له شريكه ، لأن كل واحد منهما وكيل للآخر في نصفه ، فلا يملك إلا ما يملك كالوكيل .

---

(١) أي تصرف كل من العاقدين بإذن شريكه .

قسمة الربح والخسران على قدر المالين : « فصل » :

ويقسم الربح والخسران على قدر المالين لان الربح نماء مالهما ، والخسران نقصان مالهما ، فكانا على قدر المالين . فإن شرطا التفاضل في الربح والخسارة مع تساوي المالين أو التساوي في الربح أو الخسران مع تفاضل المالين لم يصح العقد لأنه شرط ينافي مقتضى الشركة فلم يصح ، كما لوشرط أن يكون الربح لأحدهما.

فإن تصرفا مع هـــذا الشرط صح التصرف ، لأن الشرط لايسقط الاذن فنفذ التصرف . فإن ربحا أو خسرا جعل بينهما على قدر المالين ، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه ، لأنه انما عمل ليسلم له ماشرط وإذا لم يسلم رجع بأجرة عمله .

تحليل النص

الكلام في الفصل الاول عن تصرفـــات الشريك في شؤون الشركة فلكل شريك أن يتصرف في مال شريكه الآخر إذا وجد الاذن من الطرفين . ولكن هذه التصرفات مقيدة بشرط عدم الضرر فلا يحق للشريك أن يبيـع نسيئة لوجود الغرر، ولابغير نقد البلد الموجودين فيه ، ولا يبيع ولايشتري بغبن فاحش ولايسافر بمال الشركة المشترك لما في السفر من الخطر ، فإن سافر ضمن . ولايبضعه أي لايدفع المال المشترك لمن يعمل فيه متبرعاً ، لانه لم يرض بغير يده ، فإن فعل ضمن كل ذلك إلا أن يأذن له شريكه ، فيصح له حينئذ أن يتصرف بما ذكر .

وأما الكلام في الفصل الثاني فهو عن كيفية قسمة الربح والخسران وذلك على قدر المالين باعتبار القيمة ، سواء تساوى الشريكان في العمل أو تفاوتا فيه ، لأن ذلك ثمرة المالين ، فكانت القسمة على قدرهما ، كما لو كان بينهما شجرة فأثمرت أو شاة فنتجت . فإن شرطا خلاف ذلك كأن شرطا التساوي في الربح والخسران مع التفاضل في المالين ، أو التفاضل في الربح والخسران مع التساوي في المالين فسد العقد ، لأنه مخالف لموضوع الشركة . ولو شرطا زيادة في الربح للأكثر منهما عملاً بطل الشرط ، كما لو شرطا التفاوت في الخسران ، فيرجع كل منهما حينئذ على الآخر بأجرة عمله في ماله الآخر .

كتاب الاجارة (١)

مشروعية الاجارة

يجوز عقد الإجارة(٢) على المنافع المباحة(٣) ، والدليل عليه قوله تعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن(٤) » وروى سعيد بن المسيب عن سعد رضي الله عنه قال : كنا نكري الأرض بما على السواقي من الزرع ، فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك ، وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورق(٥) . وروى أبو أمامة التيمي قال : سألت ابن عمر ، فقلت : إنا قوم نكري في هذا الوجه(٦) ، وإن قوماً يزعمون(٧) أن لاحج لنا ، فقال ابن عمر : ألستم تلبون وتطوفون بين الصفا والمروة ، إن رجلاً أتى النبي ﷺ فسأل عما تسألوني عنه ، فلم يرد عليه حتى نزل : « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم(٨) » فتلاها عليه . وروى ابن عباس رضي الله عنه : « أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره » ولأن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الاعيان ، فلما جاز عقد البيع على الاعيان وجب أن يجوز عقد الاجارة على المنافع .

---

(١) راجع المهذب : ١ ص ٣٩٤ .

(٢) الاجارة : هي الاجر وبدل العمل . قال الله تعالى : « فسوف نؤتيه أجراً عظيماً » وفيها لغتان : الفتح والكسر .

(٣) المنافع المباحة : ضد المحظورة ، احترز عن الغناء أو خل الخمر بواسطة من الوسائط مثلا .

(٤) أي أعطوهن .

(٥) الورق : بفتح الواو وكسر الراء : هو الفضة .

(٦) في هذا الوجه : أي الجهة يعني الحج . والوجه والجهة بمعنى واحد ، والهاء عوض من الواو .

(٧) يزعمون : يقال : زعم زعم أي قال .

(٨) الابتغاء : طلب الرزق وغيره ، يقال : بغه سعة : اذا طلبه .

بطلان الاجارة على المنافع المحرمة : « فصل »

ولا تجوز الاجارة على المنافع المحرمة ، لأنه يحرم ، فلا يجوز أخذ العوض عليه كالميتة والدم .

استئجار الكلب المعلم : « فصل »

واختلف اصحابنا في استئجار الكلب المعلم : فمنهم من قال : يجوز ، لأن فيه منفعة مباحة ، فجاز استئجاره كالفهد . ومنهم من قال : لايجوز ، وهو الصحيح ، لأن اقتناءه لايجوز إلا للحاجة ، وهو الصيد وحفظ الماشية ، وما لا يقوم غير الكلب فيه مقامه إلا بمؤن(١) . والدليل عليه قوله ﷺ : « من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان » وما أبيح للحاجة لم يجز أخذ العوض عليه كالميتة ، ولأنه لا يضمن منفعته بالغصب ، فدل على أنه لاقيمة لها .

استئجار الفحل للضراب : « فصل » :

واختلفوا في استئجار الفحل للضراب(٢) : فمنهم من قال : يجوز ، لأنه يجوز أن يستباح بالاعارة ، فجاز أن يستباح بالاجارة كسائر المنافع . ومنهم من قال : لايجوز وهو الصحيح ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ « نهى عن عسب الفحل (٣) » ولأن المقصود منه هو الماء الذي يخلق منه ، وهو محرم لا قيمة له ، فلم يجز أخذ العوض عليه كالميتة والدم .

---

(١) المؤن : جمع مؤنة ومؤونة : وهي القوت ، والمراد به هنا : النفقات والتكاليف .

(٢) الفحل : الذكر من كل حيوان . والضراب : التلقيح .

(٣) عسب : قال الجوهري : العسب : الكراء الذي يؤخذ على ضرب الفحل ، وقيل هو ضرابه ، وقيل : ماؤه .

تحليل النص

الاجارة مشروعة بأدلة من القرآن والسنة والاجماع . أما القرآن فقوله تعالى : « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » وأما السنة فأخبار منها : « أن الرسول ﷺ احتجم وأعطى الاجير أجره » رواه الشيخان . ومنها خبر مسلم أنه ﷺ نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة ، وخبر ابن ماجه والبيهقي انه ﷺ قال : « اعطوا الاجير أجرته قبل ان يجف عرقه » ومنها ما ذكره صاحب المهذب . وقد اجمع العلماء على جوازها .

ولا تصح الاجارة على المنافع المحرمة ، وضابط ما يجوز استئجاره هو : كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة معلومة مقصودة تضمن باليد وتباح بالاباحة . يتفرع على هذا أنه لا يجوز في الاصح استئجار كلب معلم للصيد ونحوه كحراسة ماشية أو زرع أو درب ؛ لان المنفعة غير متقومة . كذلك لا يصح استئجار الفحل للضراب ؛ لأن ماءه لا قيمة له ، ولنهي الرسول ﷺ عن الكراء الذي يؤخذ على ضرب الفحل . وأما تعريف الإجارة فهو عقد على كل ما أمكن الانتفاع به منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم مع بقاء عينه مدة الإجارة . ومحترزات هذا التعريف هي ما يأتي : أخرج بقوله « منفعة » : العين فلا يصح استئجار دابة للبنها أو نتاجها ، و « بمقصودة » : التافهة كاستئجار بياع على كلمة لا تتعب وإن روجت السلعة ، إذ لا قيمة لها ، فإن اتعبت بتردد أو كلام ، فله أجرة المثل . و « بمعلومة » : القراض والجعالة على عمل مجهول ، و « بقابلة للبذل والإباحة » : منفعة البضع ، فإن العقد عليها لا يسمى إجارة ، و « بعوض » هبة المنافع والوصية بها والشركة والاعارة و « بمعلوم » المساقاة والجعالة على عمل معلوم بعوض مجهول كالحج بالنفقة ودلالة الكافر للمسلمين على قلعة بشيء منها . و « ببقاء عينه في الاستعمال كالشمع للسراج فلا تصح الإجارة في هذه الصور [1] .

---

(١) راجع بجيرمي الخطيب : ٣ ص ١٧٢ وما بعدها .

باب النذر (١)

اهلية الناذر :

ويصح النذر (٢) من كل مسلم بالغ عاقل . فأما الكافر فلا يصح نذره . ومن أصحابنا من قال : يصح نذره لما روي أن عمر رضي الله عنه قال لرسول ﷺ: «إني نذرت أن اعتكف ليلة في الجاهليــة ، فقال ﷺ : أوف بنذرك » والمذهب الأول ، لأنه سبب وضع لايجاب القربة ، فلم يصح من الكافر كالاحرام ، وأما الصبي والمجنون فلا يصح نذرهما لقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاثة :عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولأنه ايجاب حق بالقول ، فلا يصح من الصبي والمجنون كضمان المال .

صحة النذر بالقول :

ولا يصح النذر إلا بالقول : وهو أن يقول : لله علي كذا ، فان قال : علي كذا ، ولم يقل : لله ، صح ، لأن القربة لا تكون عليه إلا لله تعالى ، فحمل الاطلاق عليه . وقال في القديم : إذا أشعر بدنة (٣) أو قلدها (٤) ونوى أنهـا هدي أو أضحية ، صارت هدياً أو أضحية ، لان النبي ﷺ أشعر بدنة وقلدها ، ولم ينقل أنه قال : انها هدي ، وصارت هدياً ، وخرج (٥) أبو العباس وجهاً آخر أنه يصير هدياً أو اضحية بمجرد النية .

---

(١) راجع المهذب : حـ ١ ص ٢٤٢ .

(٢) النذر : مشتق من الانذار ، وهو الابلاغ والاعلام بالامر المخوف ،فالناذر يعلم نفسه ويوجب عليها قربة يتخوف الاثم من تركها . والنذر ايجاب عبادة في الذمة بشرط وبغير شرط .قال الله تعالى : « اني نذرت الرحمن صوماً » أي أوجبت .

(٣) أشعر بدنة : الاشعار هو العلامة . والبدنة : هي الناقة السمينة .

(٤) قلدها : أي جعل في عنقها قلادة أي حبلًا تقاد به .

(٥) خرج : أي استنبط حكماً بناء على أصل معين أو قاعدةمعينة .

ومن اصحابنا من قال : ان ذبح ونوى صار هدياً أو أضحية . والصحيح هو الأول لانه ازالة ملك يصح بالقول، فلم يصح بغير القول مع القدرة عليه كالوقف والعتق ، ولأنه لو كتب على دار انها وقف أو على فرس انها في سبيل الله لم تصر وقفاً فكذلك ههنا .

ما يجب بالنذر وما لا يجب : « فصل » :

ويجب بالنذر جميع الطاعات المستحبة ، لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من نذر أن يطيع الله تعالى ، فليطعه ، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه » .

وأما المعاصي كالقتل والزنا وصوم يوم العيد وايام الحيض والتصدق بما لا يملكه فلا يصح نذرها لما روى عمران بن الحصين أن النبي ﷺ قال « لا نذر في معصية الله ، ولا فيما لا يملكه ابن آدم » ولا يلزمه بنذرها كفارة . وقال الربيع (١) : إذا نذرت المرأة صوم أيام الحيض وجبت عليها كفارة يمين . ولعله خرج ذلك من قوله صلى الله عليه وسلم : « كفارة النذر كفاره يمين » والمذهب الأول ، والحديث متأول (٢) .

فأما المباحات كالاكل والشرب ، فلا تلزم بالنذر لما روي أن النبي ﷺ مر برجل قائم في الشمس لا يستظل ، فسأل عنه ، فقيل : هذا أبو اسرائيل ، نذر

---

(١) هو الربيع بن سليمان المرادي راوي كتب الامام الشافعي بمصر .

(٢) حديث : «كفارة النذر كفارة يمين » رواه مسلم وصححه عن عقبة بن عامر وهود ليل على أن من نذر بأي نذر من مال أو غيره فكفارته كفارة يمين. ويؤيد رأي الربيع حديث رواه أبو داود عن ابن عباس « . . . ومن نذر في معصية فكفارته كفارة يمين » وقد اول الشافعية الحديث الأول على نذر اللجاج أي الذي صدر في حال الغضب ، والمراد به ما خرج مخرج اليمين بأن يقصد الناذر منع نفسه أو غيرها من شيء أو يحث عليه أو يحقق خبراً أو غضباً بالتزام قربة مثل ان كلمته فلله علي صوم .

أن يقف ولا يقعد ، ولا يستظل ولا يتكلم ، ويصوم ، فقال : مروه فليقعد، وليستظل وليتكلم وليتم صومه .

تحليل النص

يشترط في الناذر التكليف – أي البلوغ والعقل – والاسلام والاختيار ونفوذ التصرف فيما ينذره ، فلا يصح من غير مكلف كصبي ومجنون لعدم أهليتهما للالتزام الا السكران ، فانه يصح منه ، وان كان غير مكلف في تقدير الامام النووي . ولا يصح من كافر لعدم أهليته للقربة أو التزامها ، ولا يصح النذر من مكره لخبر « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولا ممن لا ينفذ تصرفه فيما ينذره كنذر السفيه القرب المالية العينية كعتق هذا العبد ، ويصح من المحجور عليه بسفه أو فلس في القرب البدنية ، ولا حجر عليهما في الذمة ، فيصح نذرهما المالي فيها ، لانهما يؤديان بعد فك الحجر عنهما .

وأما صيغة النذر فيشترط فيها لفظ يشعر بالتزام ، فلا ينعقد بالنية كسائر العقود ، وتنعقد باشارة الاخرس المفهمة ، كما تنعقد أيضاً بلفظ كنائي من الناطق مع النية .

ثم تكلم المصنف عن نذر التبرر : وهو الذي يطلب به الناذر البر والتقرب إلى الله تعالى ، ومجاله في الطاعات ، وهو نوعان :

أحدهما – نذر المجازاة : وهو المعلق بشيء : بأن يلتزم الناذر قربة ان حدثت له نعمة أو ذهبت عنه نقمة كإن شفي مريضي فلله علي كذا ، أو فعليَّ كذا من عتق أو صوم أو صدقة أو نحوه ، فيلزمه ذلك اذا حصل المعلق عليه لقوله تعالى: « وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم » وللحديث المذكور : « من نذر أن يطيع الله فليطعه » .

الثاني – النذر غير المعلق : وهو ان لا يعلقه الناذر بشيء ، مثل لله علي صوم أو حج أو غير ذلك ، فيلزمه ما التزمه في الاظهر لعموم الادلة المتقدمة .

ولا يصح نذر معصية كالقتل والزنا وشرب الخمر لحديث « لا نذر في معصية الله تعالى » رواه مسلم . ولخبر البخاري المذكور في النص : « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه » ، فلا تجب كفارة ان حنث ، وأما حديث « لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين » فانه ضعيف . وبعضهم حمله على نذر اللجاج كما اشرنا في الحاشية السابقة . وأما حديث ابن عباس « ومن نذر في معصية فكفارته كفارة يمين » فهو موقوف عليه . وعدم لزوم الكفارة في نذر المعصية هو في حالة ما إذا لم ينو به اليمين ، فان نوى به اليمين لزمه الكفارة بالحنث .

وأما نذر فعل المباحات كأكل ونوم أو ترك المباحات كأن لا يأكل الحلوى ، فلا يلزم الفعل ولا الترك لخبر أبي داود : « لا نذر إلا فيما ابتغي به وجه الله تعالى » ولخبر البخاري عن ابن عباس في قصة نذر أبي اسرائيل المذكور في النص .

• • •

كتاب الايمان (١)

باب من تصح يمينه وما تصح به اليمين

من تصح يمينه :

تصح اليمين (٢) من كل مكلف مختار قاصد إلى اليمين لقوله تعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم » (٣) ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان » وأما غير المكلف كالصبي والمجنون والنائم ، فلا تصح يمينه لقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولأنه قول يتعلق به وجوب حق فلا يصح من غير مكلف كالبيع ، وفيمن زال عقله بالسكر طريقان على ما ذكرناه في الطلاق (٤) .

وأما المكره فلا تصح يمينه لما روى واثلة بن الاسقع وأبو أمامة رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : « ليس على مقهور يمين » ولأنه قول حمل عليه بغير حق ، فلم يصح ، كما لو أكره على كلمة الكفر .

---

(١) راجع المهذب : ج ٢ ص ١٢٨ وما بعدها .

(٢) أصل اليمين مأخوذ من يمين الانسان ، وهي ضد شماله ، لانهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمينه بيمين صاحبه ، ولأن الحالف يشير بيمينه إلى الشيء المحلوف عليه .

(٤) يقال : لغا يلغو ويلغا ، ولغا يلغا : إذا تكلم بما لا حقيقة له ولا قصد له فيه ، وقد ذكر في التفسير : هو ما يسبق اليه اللسان من غير قصد كقولهم : لا والله ، وبلى والله . ولكن يؤاخذكم بما عقدتم : شدد الفعل للتكثير .

(٤) المراد بالطريقين عند الشافعية : اختلاف الاصحاب في حكاية المذهب ، كأن يحكي بعضهم في المسألة قولين أو وجهين لمن تقدم ويقطع بعضهم بأحدهما . والطريقان في هذه المسألة : طريق يحكي الخلاف على قولين : قول لا يصح طلاقه ولا يمينه ، وقول : انه يصح وهو الصحيح . والطريق الثاني انه يصح طلاقه أي ويمينه قولاً واحداً .

وأما من لا يقصد اليمين : وهو الذي يسبق لسانه إلى اليمين أو أراد اليمين على شيء ، فسبق لسانه إلى غيره فلا تصح يمينه(١) لقوله عز وجل : « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم » وروي عن ابن عمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم أنهم قالوا : هو قول الرجل : لا والله وبلى والله، ولأن ما سبق اليه اللسان من غير قصد لا يؤاخذ به كما لو سبق لسانه إلى كلمة الكفر .

اليمين على الماضي والمستقبل ،أو أنواع اليمين : « فصل »

وتصح اليمين على الماضي والمستقبل ، فإن حلف على ماضي وهو صادق ، فلا شيء عليه ؛ لأن النبي ﷺ جعل اليمين على المدعى عليه ، ولايجوز أن يجعل اليمين عليه إلا وهو صادق ، فدل على أنه يجوز أن يحلف على ما هو صادق فيه . وروى محمد بن كعب القرظي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال — وهو على المنبر وفي يده عصا — ياأيها الناس لايمنعكم اليمين عن أخذ حقوقكم ، فو الذي نفسي بيده ، إن في يدي عصا .

وإن كان كاذباً وهو أن يحلف على أمر أنه كان ،ولم يكن أو على أمر أنه لم يكن وكان ، أثم بذلك ، وهي اليمين الغموس(٢) . والدليل عليه ما روي عن الشعبي رضي الله عنه عن عبد الله بن عمر قال : « جاء اعرابي الى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله ، ما الكبائر ؟ قال : الشرك بالله ، قال : ثم ماذا ؟ قال: عقوق الوالدين. قال : ثم ماذا ؟ قال : اليمين الغموس » . قيل للشعبي : ما اليمين الغموس ؟ قال : الذي يقتطع بها(٣) مال امرىء مسلم وهو فيها كاذب . وروى عبد الله بن

---

(١) ومثل ذلك في عدم الوقوع : مالو حلف أن زيداً جاء ، وأنه فعل كذا على غلبة ظنه ، ثم تبين خطأ ظنه ، فلا شيء عليه مالم ينو أنه كذلك في الواقع (حاشية الباجوري: ٢ص ٣٢٤)

(٢) اليمين الغموس : فسرها المصنف . وقال الجوهري : هي التي تغمس صاحبها في الإثم ثم في النار .

(٣) يقتطع بها : يملك بها .

مسعود رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « من حلف على يمين وهو فاجر يقتطع بها مال امرىء مسلم لقي الله عز وجل وهو عليه غضبان » .

وإن كان على مستقبل نظرت : فإن كان على أمر مباح ففيه وجهان :

أحدهما – الأولى أن لايحنث لقوله عز وجل : « ولاتنقضوا الأيمان بعد توكيدها » .

والثاني – أن الأولى أن يحنث ، لقوله عز وجل : « لاتحرموا طيبات ماأحل الله لكم » .

فإن حلف على فعل مكروه أو ترك مستحب ، فالأولى أن يحنث لما روت أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : « من حلف على يمين ، فرأى غيرها خيراً منها ، فليكفر عن يمينه ، ثم ليفعل الذي هو خير » .

اليمين بغير الله : « فصل »

وتكره اليمين بغير الله عز وجل ، فإن حلف بغيره كالنبي والكعبة والآباء والأجداد ، لم تنعقد يمينه ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله تعالى » وروي عن عمر رضي الله عنه قال : سمعني رسول الله ﷺ أحلف بأبي ، فقال : إن الله عز وجل ينها كم أن تحلفوا بآبائكم ، فقال عمر رضي الله عنه : والله ماحلفت بها ذاكراً ولا آثراً(١) .

وإن قال : إن فعلت كذا وكذا ، فأنا يهودي أو نصراني أو أنا بريء من الله أو من الاسلام ، لم ينعقد يمينه ، لما روى بريدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من حلف أنه بريء من الاسلام : فان كان كاذباً فقد قال . وإن

---

(١) ذكراً : أي ماحلفت بها وأنا ذاكر لها لست بناس . قال الجوهري : ليس هو من الذكر بعد النسيان انما يعني متكلماً به . ولا آثراً : أي حاكياً عن غيري ، يقال : أثرت الحديث آثره أثراً : اذا ذكرته عن غيرك .

كان صادقاً ، فلم يرجع إلى الاسلام سالماً » ولأنه يمين بحدث فلم ينعقد كاليمين بالمخلوقات .

تحليل النص

الحالف الذي تصح يمينه : هو من كان مكلفاً — أي بالغا عاقلا — مختاراً قاصداً اليمين ، فلا تنعقد يمين الصبي والمجنون ولا المكره ، ولا يمين اللغو . وأدلة ذلك مذكورة في النص .

وتصح اليمين على أمر في الماضي مثل : والله مافعلت كذا أو فعلته ، وذلك بالاجماع ، لقوله تعالى : « يحلفون بالله ما قالوا » .

ثم إن كان عامداً كاذباً فيما قال فهي اليمين الغموس ، وهي من الكبائر ، وتتعلق بها الكفارة خلافاً للائمة الثلاثة ، لقوله تعالى : « ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان » وهو يعم الماضي والمستقبل ، وتعلق الاسم لا يمنع الكفارة ، كما أن الظهار منكر من القول وزور وتتعلق بها الكفارة ، بل وفيها التعزير عند الشافعية .

فإذا صدق الحالف فلا شيء عليه . والمراد بصدقه : موافقة ما قصده إن احتمله اللفظ ، ولو خالف الظاهر الا أن يحلفه حاكم ، فتعتبر موافقة : ظاهر لفظ الحاكم .

وتصح اليمين أيضاً على أمر في المستقبل لقوله صلى الله عليه وسلم : « والله لأغزون قريشاً ثلاث مرات ، ثم قال في الثالثة ان شاء الله » رواه ابو داود . ويستثنى ممتنع الحنث لذاته ، فإن اليمين فيه لا تنعقد كقوله : « والله لأموتن أو لا أصعد السماء » لتحققه في نفسه ، فلا معنى لتحقيقه ، ولانه لا يتصور فيه الحنث ، بخلاف ممتنع البر مثل : ليقتلن الميت ، فإنه يحتاج فيه الى الكفارة ، لأن امتناع الحنث لا يخل بتعظيم اسم الله تعالى وامتناع البر يخل به ، فيحتاج الى التكفير ، ويكون اليمين أيضاً للتأكيد .

فإن كانت اليمين على ترك مباح او فعله فالافضل ترك الحنث ، بل يسن لما فيه من تعظيم الله تعالى ، وقد قال تعالى « ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها » .

وإن حلف على ترك مندوب كسنة الضحى أو على فعل مكروه كالتفاته بوجهه في الصلاة ، فيسن حنثه وعليه الكفارة ، لأن اليمين والاقامة عليها مكروهان ، لقوله تعالى « ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة » الآية .

وتكره اليمين بغير الله تعالى فلا تنعقد بالمخلوقات مثل : وحق النبي وجبريل والملائكة والكعبة لخبر الصحيحين : « ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت » وروى الحاكم عن ابن عمر « من حلف بغير الله فقد كفر » وروي « فقد أشرك » وقد حمل ذلك على من اعتقد فيما حلف به من التعظيم ما يعتقده في الله تعالى .

وإن قال : « إن فعلت كذا فانا يهودي أو بريء من الاسلام » فليس بيمين لخلوه عن ذكر اسم الله تعالى وصفته ، ولا كفارة عليه في الحنث به ، والحلف بذلك معصية والتلفظ به حرام .

باب كفارة اليمين (١)

متى تجب الكفارة ؟ :

اذا حلف بالله تعالى وحنث وجبت عليه الكفارة (٢) لما روى عبد الرحمن بن سمرة قال : قال لي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة ، فإنك إن أعطيتها عن مسألة ، وكلت اليها (٣) ، وإن

---

(١) راجع المهذب : ٢ ص ١٤٠ .

(٢) الكفارة : أصلها التغطية. لأنها تغطي الذنب وتستره . والكفر بالفتح التغطية . وقد كفرت الشيء اكفره بالكسر كفراً : سترته ، ورماد مكفور : اذا سفحت عليه الريح التراب حتى غطته .

(٣) وكلت اليها : يقال : وكل اليه الامر : اذا جعله بيده وعجز عنه ، ومنه الحديث « اللهم لا تكلنا الى أنفسنا فنعجز » .

أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها ، وإن حلفت على يمين فرأيت غيرهـا خيراً منها فأت الذي هو خير ، وكفر عن يمينك » .

تعدد الكفارة بتعدد اليمين : وإن حلف على فعل مرتين بأن قال : والله لا دخلت الدار ، والله لا دخلت الدار ، نظرت : فإن نوى بالثاني التأكيد لم يلزمه الا كفارة واحدة . وإن نوى الاستئناف فقيه قولان :

أحدهما — يلزمه كفارتان ، لانهما يمينان بالله عز وجل ، فتعلق بالحنث فيهما كفارتان ، كما لو كانت على فعلين .

والثاني — تجب كفارة واحدة ، وهو الصحيح ، لأن الثانية لا تفيد الا ما أفادت الاولى ، فلم يجب أكثر من كفارة كما لو قصد بها التأكيد .

وإن لم يكن له نية ، فإن قلنا إنه إذا نوى الاستئناف لزمته كفارة واحدة فههنا أولى ، وان قلنا هناك : تجب كفارتان ، ففي هذا قولان بناء على القولين فيمن كرر لفظ الطلاق ، ولم ينو .

خصال الكفارة الثلاث (فصل) :

والكفارة : اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة ، وهو مخير بين الثلاثة ، والدليل عليه قوله تعـالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان ، فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم (١) أو كسوتهم أو تحرير رقبة » فان لم يقدر على الثلاثـة لزمه صيام ثلاثة أيام لقوله عز وجل : « **فمن لم يجد** فصيام ثلاثة أيام » .

تقديم الكفارة على الحنث :

فان كان يكفر بالمال ، فالمستحب أن لا يكفر قبل الحنث ليخرج من الخلاف ، فان أبا حنيفة لا يجيز تقديم الكفارة على الحنث .

---

(١) الاوسط ههنا : بين الاعلى والادنى،وعن ابن عمر في تفسيرها : الخبز والسمن،والخبز والزيت والخبز والتمر . ومن أفضل ما تطعمونهم : الخبز واللحم .

وإن أراد أن يكفر بالمـــال قبل الحنث ، نظرت : فان كان الحنث بغير معصية جـــاز تقديم الكفارة ، لأنـه حق مال يتعلق بسببين يختصانه ، فاذا وجد أحدهما جاز تقديمه على الآخر ، كالزكاة قبل الحول، وإن كان الحنث بمعصيـــة ، ففيه وجهان :

أحدهما — يجوز لما ذكرناه .

والثاني — لا يجوز ، لانه يتوصل به الى معصية .

تقديم كفارة الظهار والقتل :

واختلف أصحابنا في كفارة الظهار قبل العود و كفارة القتل بعد الجرح وقبل الموت ، فمنهم من قال : فيه وجهان ، كما قلنا في اليمين على معصية . ومنهم من قال : يجوز ، لانه ليس فيه توصل الى معصية .

وإن كان يكفر بالصوم ، لم يجز قبل الحنث ، لأنهـا عبادة تتعلق بالبدن لا حاجة به الى تقديمها ، فلم يجز تقديمها على الوجوب كصوم رمضان .

تحليل النص

تجب على الحالف كفارة اليمين بالحنث للخبر المذكور في النص عن ابن سمرة وتتعدد الكفارة بتعدد القسم اذا لم ينو التأكيد في قول عند الشافعية ، والصحيح أنه تجب عليه كفارة واحدة ، سواء نوى التأكيد أم الاستئناف ، وكذا إذا لم ينو شيئاً .

ويتخير المكفر في كفارة اليمين بين عتق رقبة كالظهار ، وبين إطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد حب أو غيره من غالب قوت بلده كزكاة الفطر ، وبين كسوتهم بما يسمى كسوة مما يعتاد لبسه كقميص أو عمامة أو ازر أو رداء أو جبة أو قباء أو قميص لا كم له ،فان عجز عن كل واحد من الاطعام والكسوة والعتق ، لزمه صوم ثلاثة أيام لقوله تعالى : « فكفارته اطعام عشرة مساكين » الآية ولا يجب عند الشافعيه تتابع الصيام في الاظهر لاطلاق الآية .

وللحالف تقديم كفارة بغير صوم من عتق أو اطعام أو كسوة على حنث جائز أو واجب أو مندوب لقوله صلى الله عليه وسلم : « فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير » رواه أبو داود والنسائي باسناد صحيح ، وله تقديمها أيضاً على حنث حرام كالحنث بترك واجب أو فعل حرام ، وهذا هو الأصح عند الشافعية .

وللحالف أيضاً تقديم كفارة ظهار بغير صوم على العود في الظهار ، كما اذا ظاهر من امرأة مطلقة طلاقاً رجعياً ، ثم كفر ثم راجعها ، وللحالف أيضاً تقديم كفارة قتل على الموت الحاصل منه بعد حصول الجرح ، ولا يجوز تقديمها على الجرح . وله أيضاً تقديم كفارة على منذور مالي على المعلق عليه مثل : ان شفى الله مريضي ، فلله علي أن أتصدق بكذا ، فيجوز تقديمه على الشفاء كتقديم الزكاة على الحول .

• • •

نصوص من كتاب مواهب الجليل للحطّاب عند المالكيّة

نذكر هنا النصوص المقررة من كتب الفقه المالكي اخترناها من كتاب معتمد في الفتوى عند المالكية وهو كتاب « **مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل** » تأليف امام المالكية في عصره ، وهو أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني المغربي الأصل المكي المولد المعروف با لحطاب المولود في ليلة الاحد ثاني عشر من رمضان ٩٠٢ هـ المتوفى ثاني ربيع الثاني سنة ٩٥٤ هـ الموافق سنة ١٥٤٧ م .

والكتاب المذكور ست مجلدات مطبوع في مطبعة السعادة سنة ١٣٢٨ هـ . وقد طبع بهامشه « **التاج والاكليل لمختصر خليل** » لأبي عبد الله سيدي محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير با لموّاق المتوفى في رجب سنة ٨٩٧ هـ ، وسنختار منه بعض النصوص أيضاً .

هذان الكتابان شرح لمختصر خليل المشهور عند المالكية ، بل هو أجل المختصرات في المذهب المالكي ، لأنه يمتاز باحاطته لاصول مسائل المذهب مع بيان القول الاقوى والارجح ، وذلك بعبارة موجزة على طريقة المؤلفين القدامى حينما أخذ الفقه با لانحطاط وشاعت طريقة « المتون » في التآليف الفقهية في الدور الفقهي السادس الذي بدأ في منتصف القرن السابع الهجري . وقد بلغ الافراط في الايجاز في هذا المختصر ، حتى كان يعد من جملة الالغاز كغالبية المتون

الفقهية . وصاحب هذا المختصر هو **خليل بن اسحق بن موسى** المتوفى سنة ٧٦٧ هـ.

وقد كثرت شروح هذا المختصر حتى عرف شراحه بشراح مدرسة خليل ، منها شروح للمتقدمين وشروح للمتأخرين ، فمن شروح المتقدمين تلامذة المصنف : ثلاثة شروح للدميري القاهري ، وشرح الحسن بن الفرات المصري ، وشرح عبد الله ابن مقداد بن اسماعيل الاقفهسي شارح رساله ابن ابي زيد القيرواني ، ويقال له « الاقفاصي » ومن شروح جماعة من المتأخرين : شرح مفتي فاس محمد بن غازي العثماني.

وقد اعتمد « الحطاب » على الشروح الثلاثة للشيخ بهرام وشرح ابن الفرات والاقفهسي (١) والبساطي (٢) ، وحاشية الشيخ ابن غازي ،وشرح الفصلين الاولين لابن مرزوق التلمساني .

ومنهج الحطاب في شرحه هو أنه يلتزم عزو الاقوال لاصحابها إلا ما ينقله من شروح بهرام والتوضيح وابن عبد السلام وابن عرفة ، فلا يعزو لهم غالباً إلا ما كان غريباً أو ذكر في غير موضعه ، أو لغرض من الأغراض . ويمتاز بأنه يذكر الدليل مع التوجيه ويحل غوامض كلام المصنف خليل ، ويتعرض لمذاهب غير الحنفية مع أدلتها ومناقشتها ويكثر من التنبيهات في أعقاب المسائل مما يدل على غزارة علمه وطول نفسه واستقصائه لجميع جزئيات الموضوع .

وأما طريقة المواق في الشرح فهي موجزة نسبياً ، فهو لا يتعرض لحل كلام المصنف ولا للادلة غالباً إلا أنه يمتاز بتحرير نقول المذهب المالكي .

وهناك شروح أخرى لمختصر خليل وهي كثيرة كما أشرنا ، منها : شرح التتائي المالكي ، وشرح الاجهوري المخطوطان بدار الكتب المصرية . ومنها : شروح الزرقاني والخرشي والدردير المطبوعة بمصر . ومنها شرح محمد الامير المخطوط بدار

---

(١) نسبة الى « أقفهس » من عمل البهنسا بمصر .

(٢) نسبة الى « بساط » من الغربية بمصر ، واسمه محمد بن أحمد بن عثمان الطائي .

الكتب ، وشرح الشيخ محمد عُليش الذي كان مفتياً بالديار المصرية المتوفى سنة ١٢٩٩ هـ وشرحه المطبوع في أربعة أجزاء .

ومن المستحسن أن نشير إلى **طريقة شرح المتون** لانها الطريقة الغالبة في الكتب الفقهية ، وهي أن يجعل « المتن » بين قوسين كلمة كلمة أو جملة جملة تشتمل على حكم مسألة معينة ، ثم يذكر الشرح إما بواسطة نفس مصنف المتن وهذا نادر ، أو بواسطة عالم آخر وهذا هو الشائع ، وذلك بحل العبارة الموجزة وإيضاح الاشارة ، وتفكيك الرموز ، وتقييد المطلق وتقرير الدليل من قرآن أو سنة أو اجماع أو قياس أو غيرها من الادلة العقلية .

وهذه هي النصوص المختارة ، وضعت لها في الهوامش عناوين جانبية للشرح المفهوم من الكلام تسهيلًا على الطالب في تقسيم الموضوع .

ويجدر بنا أن نشير هنا إلى طريق الاخذ بين الأقوال المختلف فيها عند المالكية ، فقد رتب بعض المشايخ الترجيح بين روايات الكتب فقال : « قول مالك في المدونة أولى من قول ابن القاسم فيها ، فإنه الامام الأعظم ، وقول ابن القاسم فيها أولى من قول غيره فيها ، لأنه اعلم بمذهب مالك ، وقول غيره فيها أولى من قول ابن قاسم في غيرها ، وذلك لصحتها » .

المتن

الركن الاول من أركان انعقاد البيع[1]

«ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة ، وببعني فيقول : بعتك ، وبابتعت أو بعتك ، ويرضى الآخر فيها ، وحلف ، والا لزم إن قال : أبيعكها بكذا ، أو أنا اشتريها به ، أو تسوق بها ، فقال : بكم ؟ فقال :

---

(١) أركان البيع ثلاثة عند المالكية : الصيغة ، والعاقد(وهوالبائع والمشتري)والمعقود عليه:وهو الثمن والمثمن ، وهي في الحقيقة خمسة .

بمائة ، فقال : أخذتها [1] .

الشرح

تسويغ ابتداء المصنف بالكلام عن الصيغة : (ينعقد البيع بما يدل على الرضا وان بمعاطاة)[2] .

وانما بدأ المصنف بالكلام على الركن الأول لقلته [3] ، أو لأنه أول الاركان في الوجود ، ثم بعده يحصل تقابض العوضين ، ولا يقال : العاقد سابق عليه ؛ لأن الصيغة كلام أو فعل يصدر منه ، وهما صفة له ، وصفة الشيء متأخرة عنه ، لأنا نقول: اذا أمعنت النظر وجدت العاقد محل الركن ومحل الماهية[4] أو محل ركنها كما يكون ركناً[5] ، قاله ابن عبد السلام . فالعاقد انما يصح وصفه بذلك بعد صدور العقد منه ، فتأمله والله أعلم .

ويعني أن الركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع : هو مايدل على الرضا من البائع ، ويسمى الايجاب . وما يدل على الرضا من المشتري ويسمى القبول .

أشكال صيغة البيع :

وسواء كان الدال قولا كقول البائع : بعتك وأعطيتك وملكتك بكذا وشبه ذلك ، وقول المشتري : اشتريت وتملكت وابتعت وقبلت وشبه ذلك ،

---

(١) راجع شرح هذه العبارة في كتاب الحطاب : ح ٤ ص ٢٢٨ – ٢٤٠

(٢) صورة المعاطاة : أن يتفق العاقدان على ثمن ومثمن ، ويعطيا من غير ايجاب ولاقبول، وقد يوجدلفظ من احدهما . وموجز شرح المتن : يحصل ويوجد عقد البيع بشيء يدل على الرضا من قول أو اشارة أو كتابة من العاقدين او من احدهما وإن حصل الرضا بمعاطاة .

(٣) أي لقلة الكلام عليه .

(٤) أي حقيقة عقد البيع .

(٥) أي كما يكون العاقد ركنا يكون محلا لركن .

أو كان فعلا كالمعاطاة وهي المناولة ، قاله في الصحاح[1] . وقال الشيخ زروق : هي أن يعطيه الثمن ، فيعطيه المثمن من غير ايجاب ولا استيجاب . انتهى ، لأن الفعل يدل على الرضا عرفا ، والمقصود من البيع : انما هو أخذ ما في يد غيرك بعوض ترضاه ، فلا يشترط القول ، ويكفي الفعل كالمعاطاة .

الدليل على اشتراط الرضا في البيع :

والدليل على أن حصول الرضا ركن في البيع قوله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » فعلم من هذا أن الدال على الرضا المسمى بالايجاب والقبول : تارة يكون قولا ، فلا كلام في انعقاد البيع ، كما اذا قال البائع : بعتك بكذا ، وقال المشتري : اشتريت منك بكذا ، فلا اختلاف أن ذلك لازم لكل واحد منهما إن أجابه صاحبه بالامضاء والقبول في المجلس قبل التفرق ، قاله ابن رشد في أول رسم من من سماع [2] أشهب [3] من كتاب العيوب ، ونقله ابن عرفة ، وتارة يكون فعلاً واختلف فيه :

اختلاف المذاهب في المعاطاة :

فذهب مالك رحمه الله وجماعة إلى الاكتفاء بذلك . وذهب جماعة من أهل العلم إلى أنه لا ينعقد إلا بالقول ، قال ابن رشد في المذهب : واتفق الفقهاء على انعقاده باللفظ الدال على الرضا ، واختلفوا في انعقاده بالمعاطاة : فذهب مالك إلى انعقاده بها مطلقاً ، ومنعه الشافعي مطلقاً ، وقال أبو حنيفة : ينعقد بها في

---

(١) هو قاموس في اللغة للجوهري .

(٢) السماع جمع أسمعة ، وهي كالابواب للكتاب ، والرسوم بمنزلة الفصول للابواب .

(٣) هو أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي ، فقيه الديار المصرية في عصره ، كان صاحب الامام مالك ، توفي سنة ٢٠٤ هـ .

المحقرات [1] خاصة ، واليه مال الغزالي . انتهى .

دليل الشافعية على عدم جواز المعاطاة :

واحتج الشافعية بأن الفعل لا دلالة له بالوضع [2] فلا ينعقد به البيع .

دليل المالكية على جواز المعاطاة :

واحتج المالكية بما تقدم أن الافعال وان انتفت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية وهي كافية ، إذ المقصود من التجارة انما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما [3] فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل وإن كان ذلك الفعل معاطاة . ولما كان الفعل مختلفاً في انعقاد البيع به نبه على ذلك المصنف بقوله « وان بمعاطاة » يعني ان الدلالة على الرضا يكفي فيها الفعل ، لأنه يدل على الرضا في كثير من الامور دلالة عرفية ، وان كان ذلك الفعل معاطاة .

حضور الثمن والمثمن في المعاطاة :

وعلم من هذا أن بيع المعاطاة المحضة العاري عن القول من الجانبين لا بد فيه من حضور الثمن المثمن . ولذا قال ابن عرفة اثناء كلامه في بيعتين في بيعة : وبياعات زماننا في الاسواق انما هي بالمعاطاة فهي منحلة [4] قبل قبض المبيع . انتهى

---

(١) أي الصغائر ، وعبر عنه الحنفية بالخسيس كالبقل والرغيف والبيض والجوز ، وليس المراد تحقير هذه الاشياء ، وانما المراد كونها ليست ذات خطورة في التعامل بين الناس والمنقول هنا عن أبي حنيفة هو ما ذكره تلميذه محمد في « الاصل » في مواضع وهو قول الكرخي ، الا أن الراجح عند الحنفية أن البيع ينعقد بالمعاطاة في النفيس والخسيس (فتح القدير : ٥ ص ٧٧) .

(٢) أي أن الفعل لا يدل على الرضا في أصل وضعه اللغوي .

(٣) الضمير يعود الى العاقدين المفهوم من الكلام السابق .

(٤) أي غير منعقدة إذا لم يتوافر في التبادل قبض العوضين .

المعاطاة بالقول والفعل :

وعلم من المبالغة بقوله : « وان بمعاطاة » أن البيـع ينعقد بالمعاطاة من جهة ، والقول من الجهة الأخرى من باب أحرى ، وسيصرح بذلك .

المعاطاة بالاشارة :

وعلم أيضاً أنه ينعقد بكل قول يدل على الرضا ، وبالاشارة الدالة على ذلك ، وهي أولى بالجواز من المعاطاة ، لانها يطلق عليها أنها كلام . قال الله تعـــالى : « آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً » والرمز : الاشارة .

اشارة الأخرس :

وقال ابن عرفة : ما فهم أن الأخرس فهمه من كفالة أو غيرها لزمه .

الباجي [1] : كل اشارة فهم منها الايجاب والقبول لزم منها البيـع . انتهى

اشارة غير الاخرس :

قلت [2] : وغير الأخرس كالأخرس . قاله أبو الحسن في شرح مسألة المدونة المذكور ونصه : وكذا غير الأخرس إذا فهم عنه بالاشارة . وانما ذكر الأخرس لأنه لا يتأتى منه غيرها .

وكلام الباجي الذي ذكره ابن عرفة دال على ذلك . ونصـه في المنتقى : وكل لفظ أو اشارة فهم منها الايجاب والقبول لزم بها البيـع وسائر العقود . انتهى . وسيأتي كلامه عند قول المصنف « وببعني » .

انعقاد البيـع بلفظ الاستدعاء :

ص [3] (وببعني فيقول : بعتك) [4]

---

(١) أي قال ابن عرفة : قال الباجي في كتابه « المنتقى شرح الموطأ » للامام مالك .

(٢) أي قال الشارح وهو الحطاب معقباً عى الكلام السابق .

(٣) رمز لكلام المصنف .

(٤) موجز الشرح : وينعقد البيع ان حصل الرضا بقول المشتري للبائع : بعني، ونحوه بصيغة=

ش [١] : هو داخل في حيز المبالغة . ويعني أن البيع ينعقد بقول المشتري للبائع : بعني سلعتك بكذا إذا قال له البائع : بعتك ، يريد : أو صدر منه شيء يدل على الرضا من قول أو فعل . ونبه المصنف بهذا على فائدتين :

فائدتان :

الأولى منهما ـ أنه لا يشترط في انعقاد البيع أن يتقدم ما يدل على الايجاب على ما يدل على الرضا كما يقول بعض الشافعية .

والثانية ـ أن المعتبر في الاقوال كونها دالة على الرضا في العرف ، ولو كانت في اصل اللغة دالة على غير ذلك ، أو فيها احتمال لذلك ولغيره ، فان قول المشتري لمن بيده سلعة : « بعني سلعتك بعشرة » لا يدل صريحاً على ايجاب البيع من جهة المشتري ؛ لانه إما آمر للبائع أن يبيعه أو ملتمس منه ذلك . ويحتمل أن يكون راضياً به أو غير راض به ، لكن العرف دال على أن قائل ذلك طالب ومريد للبيع وراض به ، لأن « بعني » صريح في أمر المشتري للبائع بالبيع ، واستدعائه منه وطلبه له ، وارادته اياه ، وحصول مطلوب يصير به مبتاعاً ، فاذا أجابه البائع بحصول مطلوبه ، فقد تم له ما أراده من وجود البيع .

انعقاد البيع بمجرد التراضي بلفظين حال الاستدعاء :

وظاهر كلام المصنف أن البيع ينعقد في هذه المسألة ويلزم المشتري إذا أجابه البائع بما يدل من الرضا ، ولو [٢] قال البائع بعد « بعتك » : لا أرضى ، لاني لم أرد ايجاب البيع ، وبعد قوله بعد ذلك : « لا أرضى » ندماً . وليست كمسألة السوم الآتية [٣] ، ولذلك لم يجمعها معها ، وهذا القول لمالك في كتاب

=الامر ابتداء منه ، فيقول له البائع : بعت ونحوه .

(١) رمز لشرح كلام المصنف من قبل الشارح وهو الحطاب .

(٢) أي حتى ولو قال البائع ذلك ، فان البيع ينعقد بلفظ « بعتك » .

(٣) سيأتي شرح هذه المسألة عند الكلام على قول المصنف « أو تسوق بها » .

ابن المواز ، وقاله ابن القاسم وعيسى بن دينار في كتاب ابن مزين ، واختاره ابن المواز ورجحه ، وكذا نقله ابن عرفة ، ورجحه أبو اسحق التونسي ، واقتصر عليه الباجي ، ونصه :

عبارة الباجي في بيان ألفاظ الايجاب والقبول :

البيع يفتقر إلى ايجاب وقبول ويلزم بوجودهما بلفظ الماضي ، وإذا قال : بعني ، فيقول البائع : بعتك ، فحكى اصحابنا العراقيون (١) انه ينعقد به ، وقال ابو حنيفة والشافعي : لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد : اشتريت . والدليل على ما نقلوه(٢) : أن كل ما كان ايجاباً وقبولاً في عقد النكاح كان كذلك في البيع . إذا ثبت ذلك فليس للايجاب والقبول لفظ معين ، وكل لفظ أو اشارة فهم منها الايجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود ، إلا أن في الالفاظ ما هو صريح مثل : بعتك بكذا ، فيقول : قبلت أو ابتعت منك ، فيقول : بعت ، فهذا يلزمهما . وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بها بمجردها حتى يتنزل بها عرف أو عادة ، أو ما يدل على البيع مثل أن يقول المبتاع : بكم ؟ فيقول البائع : بدينار ، فيقول : قبلت ، فيقول البائع : لا أبيعك ، فان كان في سوق تلك السلعة ، فروى أشهب : يلزمه البيع ، وروى ابن القاسم : يحلف ما ساومه على البيع (٣) ، ولا يلزمه » .

مسألة قول المشتري : لا أرضى بعد قوله للبائع : بعني :

والقول ملزوم البيع (٤) في هذه المسألة التي ذكرها المصنف . ولو قال المشتري:

---

(١) المراد بهم الاشارة الى الاصحاب من المالكية في العراق وهم القاضي اسماعيل والقاضي أبو الحسين بن القصار ، وابن الجلاب ، والقاضي عبد الوهاب ، والقاضي أبو الفرج ، والشيخ أبو بكر الابهري ، ونظراؤهم .

(٢) أي الدليل على ما نقله جماعة من المالكية السابق ذكرهم .

(٣) أي يحلف البائع على أنه لم يساوم المشتري بقصد البيع .

(٤) أي أن القول يلزم به البيع

لا أرضى ، هو خلاف قول ابن القاسم في المدونة ، فانه يسوى بينها وبين مسألة المساومة الآتية ، قال في كتاب الغرور : « فان قلت لرجل : بعني ساعتك بعشرة، وقال : قد فعلت ، فقلت : لا أرضى ، قال : قال مالك فيمن وقف سلعة للسوم ، فقلت له : بكم ؟ فقال : بعشرة ، فقلت : قد رضيت ، فقال : لا أرضى : انه يحلف ما ساومتك على ايجاب البيع ، ولكن لما لم يذكر (١) ، فان لم يحلف لزمه البيع . قال ابن القاسم : فكذلك مسألتك .

ونسب هذا القول ايضاً لمالك في كتاب ابن المواز ، قاله ابن رشد في أول رسم من سماع أشهب من كتاب العيوب ، وعليه فيدخل في هذه المسألة الخلاف الآتي في مسألة السوم ، قال في التوضيح :

اعتراض على قياس هذه المسألة على مسألة السوم :

وأشار بعضهم إلى ضعف قياس ابن القاسم (٢) انتهى ، لأن المشتري اذا قال : بعني ، فقد طلب ذلك بلفظ صريح ، كما تقدم ، وأما في مسألة السوم فيحتمل أن يكون صاحبها أوقفها للبيع ، أو ليعلم المقدار الذي تساويه ، ثم لا يبيعها ، أو يبيعها من آخر طلبها منه ، فاذا قال له قائل : بكم ؟ فيحتمل ان يكون فهم عنه : بكم تبيعها ، أو بكم اشتريتها ، فاذا قال له السائل : قد رضيتها ، فلا بد من جواب البائع بما يدل على الرضا صريحاً أو ظاهراً ، لكن لما كان كلامه الاول محتملاً حلفه مالك لرفع الاحتمال ، وألزمه غيره البيع كما سيأتي . والاحتمال انما قوي في كلامه من جهة وقف السلعة للبيع ، وهي قرينة حالية ، والقرينة في المسألة الأخرى (٣) مقالية ، وهو قول المشتري : « بعني سلعتك بعشرة » والمفهوم من القرينة اللفظية أقوى من القرينة المعنوية .

---

(١) أي ولكن ساومتك بقصد آخر غير البيع كاختبار الثمن أو المزاح ونحو ذلك .

(٢) أي قياس مسألة (قول المشتري : لا أرضى ، بعد قوله للبائع بعني) على مسألة السوم الآتي ذكرها قريباً .

(٣) أي غير مسألة السوم .

ولعل مالكاً لو سئل عن مسألة ابن القاسم : ما قبل فيها من المشتري يميناً ، وأشار إلى ذلك أيضاً أبو الحسن .

قال ابن عبد السلام : ولذلك اختصرها البراذعي وغيره على السؤال والجواب ، وانما يفعلون ذلك إذا كان جواب ابن القاسم يوهم عدم المطابقة للسؤال أو قياسه مشكلًا ، وإن سلمت من ذلك ذكروهـــا بلفظ مختصر ، ولم يذكروا السؤال والجواب ، وكذا قال ابن عرفة : ولهذا — والله أعلم — مشى المصنف على القول الأول ، ولم يجمعها مع مسألة السوم ، كما فعل ابن القاسم ، فلا اعتراض عليه [1] في عدم ذكر المسألة كما في المدونة .

ولو قلنا : مشى على مذهب المدونة ، فلا اعتراض عليه ، أيضاً ، ونقول : تكلم على ما ينعقد به البيع ، ولم يتعرض إلى أنه وقع فيه إنكار ، ومسألة المدونة تكلم فيها على ما إذا وقع انكار ، ولكن المحمل الأول [2] هو الظاهر الراجح . والله اعلم .

تنبيهات :

الاول ـ انعقاد البيع بلفظ يعرض فيه البائع الشراء على المشتري :

إذا قال البائع : اشتر مني هذه السلعة بكذا أو خذها ، فيقول المشتري : اشتريت أو قبلت أو فعلت ، ونحو ذلك ، فهو بمنزلة قول المشتري : بعـــني سلعتك بكذا ، فيقول له البائع : بعتك . قاله ابن رشـــد في أول رسم من سماع أشهب من كتاب العيوب : فلو قال المصنف : وكبعني ، لكان أحسن .

---

(١) أي لا اعتراض على المصنف في ذلك .

(٢) أي ان الاحتمال الاول وهو ما قاله ابن عرفة من أن المصنف مشى على القـــول الاول ، ولم يجمع مسألة ابن القاسم مع مسألة السوم .

الثاني ـ انعقاد البيع بلفظ الاستفهام :

إذا قال المشتري : أتبيع سلعتك بكذا ، فقال له البائع : نعم ، أوبعتكها ، فقال المشتري : ما أردت الشراء ، فهو كمسألة السوم الآتية ، كما صرح به ابن رشد في المذهب ، وكما يفهم ذلك من كلام ابي اسحق التونسي وأبي الحسن وغيرهما ، بل هي أحرى بعدم اللزوم ، والله أعلم .

ونص كلام أبي اسحق بعد أن ذكر كلام المدونة : وأما الذي قال : بعني ، فالاشبه أنه لا رجوع له لان لفظ « بعني » لفظ ايجاب ، فلعله انما فهم منه : أتبيعني ؟ على الاستفهام (١) . اه .

ونص كلام أبي الحسن في أثناء كلامه على مسألة المدونة : وعن أبي محرز : أن مسألة ابن القاسم مما يعارضها المذاكرون ويقولون : لا تشبه مسألة مالك ؛ لان مسألة مالك : قيل : للبائع : بكم تبيع ؟ فقال : بكذا ، فتقديرها : أبيعها في المستقبل ، ومن قال : يبيعها في المستقبل ، ما أوجب على نفسه بيعاً ، بخلاف « بعني » فانه لفظ ايجاب . وسئل عنها ابن الكاتب ، فقال : معنى قوله : « بعني » أتبيعني ؟ أبو الحسن (٢) . وهذا الذي قاله ابن الكاتب محتاج الى دلالة . اه .

الثالث ـ ألفاظ ينعقد بها البيع عدا لفظ : بعتك :

قول المصنف : فيقول : « بعتك » : يريد : أو أعطيتك ، أو خذها ، أو قبلت ، أو نحو ذلك ، وتقدم في لفظ المدونة ، فقال : قد فعلت ، ولذلك قال البساطي : لو قال المؤلف فيقول : فعلت . اه . وذكر القرطبي في تفسيره : أن قوله : دونكها بعشرة ، وبورك لك فيها ، أو سلمتها اليك مثل قوله : خذها بعشرة . اه .

---

(١) أي يحتمل أن البائع فهم من لفظ « بعني » معنى الاستفهام بلفظ أتبيعني .
(٢) أي قاله أبو الحسن .

الرابع ـ الفرق بين البيع والنكاح على مذهب ابن القاسم بالنسبة للفظ الاستدعاء:

تقدم في كتاب النكاح كلام التوضيح في الفرق بين البيع على مذهب ابن القاسم في المدونة وبين النكاح في أنه في النكاح يلزم بقوله : زوجني ، فيقول : فعلت ، ولو قال الزوج : لا أرضى ، والله أعلم .

ص (وبابتعت أو بعتك ، ويرضى الآخر فيهما) (١) .

ش : هو أيضاً معطوف على مافي حيز المبالغة (٢) ، ويعني به أن البيع ينعقد في قول المشتري : ابتعت منك هذه السلعة بكذا او اشتريتها او أخذتها اذا صدر من الآخر الذي هو البائع في هذه الصورة ما يدل على الرضا ، وسواء كان على رضاه قولاً أو فعلاً ، كأن يعطيه المبيع أو نحو ذلك .

الفاظ البائع التي ينعقد بها البيع :

وكذلك ينعقد البيع بقول البائع : بعتك هذه السلعة بكذا أو أعطيتكها أو ملكتكها بكذا اذا صدر من الآخر الذي هو المشتري في هذه الصورة ما يدل على الرضا من قول أو فعل بأن يعطيه الثمن ونحو ذلك . وصرح الشيخ زروق أيضاً في شرح الارشادية بأنه ينعقد بالقول من أحد الجهتين ، وفعل من الآخر . اه .

فقوله : « ويرضى الآخر » أعم من أن يكون بالقول أو بالفعل . وقوله « الآخر » أي غير المتكلم من بائع او مشتر . والضمير في قوله : « فيهما » « للصورتين » .

---

(١) موجز شرح هذه العبارة: هو أنه ينعقد البيع بقول المشتري: ابتعت واشتريت ونحو ذلك بصيغة الماضي ، او بقول البائع : بعتك او أعطيتك او نحو ذلك ، ويرضى الآخر في الصورتين وهو البائع في الاولى ، والمشتري في الثانية بأي شيء يدل على الرضا .

(٢) أي معطوف على قوله : وان بمعاطاة .

انعقاد البيع بمجرد هذه الالفاظ :

وظاهر كلام المصنف أن البيع في هاتين الصورتين ينعقد ويلزم المتكلم أولا ، ولو قال الآخر بعد ما أجابه صاحبه بما يدل على الرضا : « ما أردت الشراء » أو ما أردت البيع » وانما كنت مازحاً ، او أردت اختبار ثمن السلعة أو نحوه ، وهو كذلك ، على ما نقل ابن أبي زمنين في مقربه ومنتخبه (١) عن ابن القاسم في ها تين المسألتين ، والمسألتين اللتين بعدهما الآتيتين في كلام المصنف من التفرقة بين أن تكون الصيغة بلفظ الماضي او المضارع وحكم باللزوم في هاتين المسألتين .

ولو قال الآخر : لم أرد البيع ، ولم أرد الشراء ، وساقه (٢) يقبل قوله ويحلف في المسألتين الآتيتين . ونقل هذه المسائل الاربع عنه ابن يونس وأبو الحسن وابن عبد السلام والمصنف وابن عرفة وغيرهم ، وقبلوا كلامه ، وسيأتي لفظه وهو مأخوذ من المدونة ، فإنه قال فيها بعد مسألة السوم التي تقدمت : « فلو قلت له : قد أخذت منك غنمك هذه : كل شاة بدرهم » فقال : « ذلك لك » فقد لزمك البيع . اه . والله أعلم » .

ص (وحلف ، والا لزم ان قال : أبيعكها بكذا أو أنا اشتريها به) (٣) .

ش : لما ذكر الصورتين اللتين ينعقد فيهما البيع ويلزم ، ولو قال أحد المتبايعين : ما أردت البيع أو ما أردت الشراء ، ذكر ما ينعقد فيه البيع ويلزم ، الا أن يقول أحدهما :

---

(١) هذان كتابان لفقيه مالكي هو ابن أبي زمنين .

(٢) أي ذكر الكلام الذي يدل على أنه لم يرغب في انجاز البيع .

(٣) موجز الشرح : أن المتكلم بصيغة المضارع يحلف أنه ما أراد البيع اذا أبى عن البيع . فان لم يحلف لزمه البيع

حلف اليمين من العاقد في الاحوال التي تحتمل الدلالة على الرضا وذلك عند استعمال لفظ المضارع :

ما أردت البيـع ، أو ما أردت الشراء ، فإنه يحلف على ذلك ، ويقبل قوله ، وذلك حيث يكون اللفظ الدال على الرضا من جهة محتملاً للدلالة على الرضا وليس بصريـح ، وذكر من ذلك ثلاث مسائل وهاتين المسألتين مع مسألة السوم الآتية . أما هاتان المسألتان :

المسألة الاولى ــ قول البائع : ابيعك ثم يقول : ما اردت البيـع :

فالاولى منها ــ اذا قال البائع : أبيعك سلعتي بكذا أو اعطيكها بكذا ، فأجابه المشتري بما يدل على الرضا ، فقال البائع : لم أرد البيـع ، وانما أردت اختبار ثمنها أو كنت مازحاً ، أو نحو ذلك ، فانه يحلف أنـه ما أراد بقوله : « أبيعكها » ايجاب البيـع ، وانما أراد به ما ذكر (١) ، فان حلف ، لم يلزمه البيـع ، وإن لم يحلف لزمه .

وقولنا (٢) : بما يدل على الرضا : يفهم من المسألتين السابقتين .

وقولنا : فقال البائع : لم أرد البيـع : يفهم من قوله « حلف والا لزم » فانه يدل على أنه وقع منه انكار .

المسألة الثانية ــ قول المشتري أشتري ثم يظهر عدم الرغبة في الشراء :

وكذلك يقال في المسألة الثانية وهي : ما إذا قال المشتري لصاحب السلعة : أنا اشتري منك هذه السلعة بكذا أو ابتاعها او آخذها ، فأجابه البائع بما يدل على الرضا ، فقال المشتري : ما أردت الشراء ، وانما أردت اختبار ثمنها أو نحو ذلك ، فانه يحلف على ما ادعاه ، فان حلف لم يلزمه الشراء ، وإن لم يحلف

---

(١) أي ما ذكره من قوله أنه أراد اختبار الثمن أو المزاح .
(٢) أي قول الشارح الحطاب .

لزمه ، فالحكم فيها كالاولى ، ففاعل « حلف » و « قال » يعود على أحد المتبايعين ، وبقية الكلام بعينه ، لأنه يفهم منه أن البائع ان قال : أبيعكها ، والمشتري ان قال : اشتريتها ، وفاعل « لزم » يعود الى البيع .

وقد تقدم أن هاتين المسألتين ذكرهما ابن أبي زمنين مع المسألتين اللتين فوقهما ، وعنه نقلها ابن يونس وأبو الحسن وابن عبد السلام وابن عرفة والمؤلف وغيرهم ، وقبلوه .

نص فقيه مالكي في المسألتين السابقتين

ونص كلامه (١) في منتخب الأحكام بعد أن ذكر مسألة السوم الآتية في المصنف : « رأيت فيما أملاه بعض مشايخنا : اذا قال البائع : بعتكها بكذا ، أو قد أعطيتكها بكذا ، أو قد أخذتها ، فرضي المشتري ثم أبى البائع ، وقال: ما أردت البيع ، لم ينفعه ولزمه ، وكذلك ان قال المشتري : قد ابتعت منك سلعتك بكذا أو قد أخذتها منك بكذا ، فرضي البائع ، لم يكن للمشتري أن يرجع . ولو قال البائع: أنا أبيعكها أو أعطيكها بكذا ، فرضي المشتري ، فقال البائع : ما أردت البيع ، فذلك له ، ويحلف ، وكذلك (١) لو قال المشتري : أنا اشتريها منك ، أو آخذها منك بكذا ، فرضي المشتري ، فقال البائع : لم أرد البيع فذلك له ، ويحلف ، فافهم افتراق هذه الوجوه . اه .

وله نحو ذلك في مقربه ، وزاد بعده : وهي كلها مذهب ابن القاسم وطريقة فتياه . قال ابن يونس بعد أن ذكر كلامه في المقرب : لان قوله : « أنا أفعل » وعد وعده اياه في المستقبل ، وقوله : « قد فعلت » ايجاب اوجبه على نفسه ، فافترقا . اه .

---

(١) أي كلام الفقيه ابن أبي زمنين .

(٢) أي وكذلك يحلف البائع .

خلاصة التفرقة بين صيغة الماضي والمضارع :

وقال في التوضيح بعد أن ذكر كلامه في المقرب : وحاصله التفرقة بين أن تكون الصيغة بلفظ الماضي ، فتلزم ، او بلفظ المضارع ، فيحلف ، ونحوه لابن عبد السلام ، فقال : حاصل كلامه أنه ان أتى بصيغة الماضي لم يقبل منه رجوع ، وان أتى بصيغة المضارع ، فكلامه محتمل ، فيحلف على ما أراده . ثم قال : وقال بعض المتأخرين من الشافعية بعد أن ذكر هذا الكلام المعتبر في صيغ عقود البيع وغيره : انما هو ألفاظ الانشاء (١) ، وجرى العرف فيها باستعمال صيغة الماضي ، ولم يجر بالمضارع ، ولا غيره ، ولو جرى الامر فيها بالعكس لا نعكس الامر (٢) ، هذا معنى كلامه ، وهو صحيح . اه .

وقال القرطبي في تفسير قوله تعالى : « وأحل الله البيع » : البيع قول ، وايجاب باللفظ الماضي والمستقبل ، فالماضي فيه حقيقة ، والمستقبل كناية ، ويقع با لصريح وبالكناية المفهوم منها نقل الملك . اه .

وسيأتي ان شاء الله ان الخلاف الآتي في مسألة السوم يدخل في هاتين المسألتين أيضاً ، فتأمله ، والله اعلم .

ص (أو تسوق بها ، فقال : بكم ؟ فقال بمائة ، فقال : أخذتها)(٣)

---

(١) أي الالفاظ الدالة على انشاء البيع مثل بعت واشتريت ، لان العرف دل على أن هذه الالفاظ ونحوها تدل على انجاز البيع .

(٢) أي ولو تعارف الناس على أن صيغة المضارع تدل على انجاز البيع لكان ذلك العرف هو المعمول به فقهاً .

(٣) كلمة « تسوق » معطوفة على كلمة « قال » أي وحلف البائع ، وإلا لزمه البيع ان تسوق بها أي اوقف البائع سلعته في السوق ، فسامه شخص ، ثم رضي بشرائها ، فيلزم البيع ان قامت قرينة على ارادة البائع البيع ،فان لم تقم قرينة على ارادة البيع لم يلزم البائع بالبيع =

مسألة السوم كما في المدونة لمالك :

ش : هذه مسألة السوم المتقدمة عن المدونة ، وهي المسألة الثالثة من المسائل التي ينعقد فيها البيع ، ويلزم ، إلا أن يحلف المنكر لارادة البيع ، وهو البائع في هذه المسألة ، وقوله « تسوق بها » : أي أوقفها في السوق للسوم ، وفاعل « تسوق » ضمير يعود للبائع ، والضمير في « بها » يعود للسلعة ، وفاعل « قال » الأول والثالث يعود على المشتري ، وفاعل « قال » الثاني يعود على البائع ، ولابد من تقدير جملة بعد قوله « أخذتها » وهي : فقال صاحبها : ما أردت البيع ، ويدل على ذلك قوله : « وحلف » كما تقدم . وجميع ذلك تدل عليه القرينة ويفرقه ذهن السامع .

ومعنى المسألة : أن من أوقف سلعة في السوق للسوم ، فقال له شخص : بكم تبيعها ؟ فقال صاحب السلعة : بمائة مثلا ، فقال المشتري : أخذتها بها ، فقال صاحب السلعة : ما أردت البيع ،وانما أردت اختبار ثمنها أو كنت لاعبا ونحو ذلك ، فانه يحلف أنه ما أراد ايجاب البيع ، فان حلف لم يلزمه البيع ، وان لم يحلف لزمه . وهذا قول مالك في كتاب الغرر (١) من المدونة ، قال فيها : يحلف بالله أنه ما ساومه على ايجاب البيع ، وما ساومه الا على كذا للامر الذي يذكره فاذا ، حلف لم يلزمه البيع وان لم يحلف لزمه .

القول الثاني في مسألة السوم :

ولمالك أيضاً في أثناء أول رسم من سماع أشهب من كتاب العيوب أن البيع يلزمه ، وليس له أن يأبى ونصه : « وسئل عن الرجل قد وقف عبده للبيع : بكم عبدك هذا ؟ فيقول : بعشرين ديناراً ، فيقول : أخذته بذلك ، فيقول البائع

=وهذا مذهب المدونة ، وقيل : يلزم البيع ولا عبرة بدعوى البائع عدم رضاه .

(١) أي في المبحث الذي يتكلم فيه عن بيوع الغرر .

مجيباً مكانــه (١) : لا أبيعه بذلك . أترى البيـع لازمـاً له ؟ قال : نعم أرى ذلك لازماً له ، وليس له أن يأبى أن يعطيه اياه بعشرين ديناراً .

قـال ابن رشد : وكذلك لو قال السائم : أنا آخذه بكذا وكذا ، فقال البائع : قد بعتك بذلك ، فقال السائم : لا آخذه بذلك لزمه الشراء على قول مالك — هذا خلاف ما في كتاب بيع الغرر من المدونة ، من أن ذلك لا يلزم البائع ولا المشتري بعد ان يحلف كل واحد منهما انه ما ساومه على الايجـاب والامكان (٢) وانما كان ذلك مبنياً منه (٣) على وجه كذا وكذا لامر يذكره .

القول الثالث وهو للأبهري في مسأله السوم :

وقال أبو بكر الأبهري : ان كان الذي سمي قدر قيمة السلعة ، وكانت تباع بمثله ، لزمها البيع ، وان كان لا يشبه أن يكون ذلك ثمنها حلف أنه لاعب ، ولم يلزمه . انتهى .

فالأقوال ثلاثة ، وهكذا نقلهـا ابن رشد في الرسم المذكور ، والمصنف في التوضيح ، وابن عرفة وغيرهم .

ونص ابن عرفة : «ومن قال لمن وقف سلعته للبيـع : بكم هي ؟ فقال : بكذا ، فقال : أخذتها به ، فقـال : لا أرضى ، ففي لزوم البيـع لمن أوقفهـا ولغوه (٤) ان حلف ما ساومه على الايجاب . ثالثها (٥) ـ إن كان الثمن ثمنها ، أو ما

---

(١) أي في مكانه بدلاً عن قول المشتري : أخذته بذلك .
(٢) أي امكان البيع وحدوثه .
(٣) أي صادراً من البائع .
(٤) أي عدم لزومه ، والمعنى أن البيع لا يلزم ان حلف ما ساومه على إيجاب البيـع ، فان لم يحلف لزمه البيع .
(٥) يفهم من هذه العبارة أن هناك ثلاثة أقوال في مسألة السوم : أحدها وهو الراجح أن المنكر يحلف أنه ما أراد البيع ، والثاني : لزوم البيع ، والثالث : قول الأبهري بالتفصيل .

تباع به ، والا فالثاني [١] لسماع القرينين [٢] .

ابن رشد [٣] : وكذا لو قال السائم : أنا آخذها بكذا ، فقال بعتكها به، فقال : لا أرضى . انتهى .

وقوله : « أو ما تباع به » لعله ثبت كذلك في نسخة من البيان بأو ، وأما الذي رأيته في البيان ، ونقله في التوضيح : (وكانت تباع) بالواو ، والله أعلم .

القول الراجح من الاقوال الثلاثة هو الثاني في رأي ابي اسحق :

وظاهر كلام ابي اسحق ترجيح رواية أشهب ، فانه قال بعد أن ذكر كلام المدونة : قول أشهب وهذا لعمري الأشبه إذا كان عادة من يساوم انما يذكر ما يبيع به الا أن يظهر عذر ظاهر . انتهى

اضواء على هذا النص

لقد شرح الحطاب في هذا النص السالف الذكر كلام المصنف أو الماتن العلامة خليل عن الركن الأول من اركان البيع ، وهو صيغة العقد ، وقد تناول في هذا الشرح حل الايجاز في عبارة المتن وارجاع الضمائر وبيان الفاعل بحيث صارت العبارة مفهومة نسبياً .

ثم عرف صيغة العقد وذكر أشكال هذه الصيغة قولاً وفعلاً بطريق المعاطاة وبين دليل اشتراط الرضا في البيع من القرآن الكريم كمقدمة للبحث باعتبار ان التراضي هو الاصل العام في العقود ، فهل المعاطاة تدل على الرضا ؟ وقد اجاب الحطاب على ذلك بافادة المعاطاة للرضا في عرف التعامل الجاري بين الناس ذاكراً

---

(١) أي وان لم يشبه ما ذكره ما يكون ثمناً للسلعة في العادة لم يلزم البيع .

(٢) فقيهان متقدمان من فقهاء المالكية .

(٣) أي قال ابن رشد ، وهذا الذي ذكره ابن رشد هو مسألة ابن ابي زمنين المتقدمة ، وهي التي ذكرها المصنف قبل هذه المسألة وهو قول : « وأنا اشتريها به » .

خلاف العلماء في هذا الأمر ، مبيناً دليل الشافعية الذين لم يجيزوا البيع بطريق المعاطاة ، ثم رد عليه وذكر دليل المالكية المعتمد على العرف مع وجود القرائن الدالة على التراضي من الجانبين وهو حضور البدلين الذي لا بد منه لاتمام البيع بالمعاطاة ، سواء ذكر فيه قول من أحد الجانبين أو كان فعلاً متمحضاً منهما .

وهنا استطرد الحطاب الكلام على أن العقد ينعقد بالاشارة من الأخرس وغيره ، لأن الاشارة في الواقع ادل على الرضا من الفعل المجرد ؛ لانها كلام في عرف الناس .

ثم انتقل الشارح إلى شرح بعض الألفاظ التي ينعقد بها البيع والتي قد اشار المصنف إلى بعضها في مختصره ، منها قول المشتري للبائع : بعني ، فيقول له البائع : بعت ونحوه ، ولا يشترط تقدم الايجاب على القبول خلافاً لبعض الشافعية وهما الامام الرازي والقفال اللذان يمنعان تقدم « قبلت »أي لفظ المشتري على لفظ البائع ، والارجح عند الشافعة الجواز . وقد نبه الشارح أيضاً إلى أن المعول عليه في ألفاظ الايجاب والقبول أن تكون دالة على الرضا عرفاً لا لغة ، وأنه ينعقد البيع بمجرد هذين اللفظين : بعني ، وبعتك ، ولا حاجة للفظ ثالث صادر من المشتري وهو قوله : اشتريت أو قبلت كما يقول الحنفية ، وانما يكفي هذان اللفظان لدلالتها على الرضا عند المالكية والشافعية ، وهذه هي القاعدة المطردة في البيع والنكاح ، ولا يعتد بقول العاقد بعد انعقاد العقد بهذين اللفظين : لا أرضى .

وذكر الشارح خلاف ابن القاسم في هذه المسألة وهو أنه يرى قياس هذه المسألة على مسألة المساومة التي ذكرها المصنف فيما بعد ، ويكون الحكم فيها حينئذ أن المشتري يحلف على أنه ما أراد ايجاب البيع ، وانما قصد المساومة واختبار الثمن مثلاً ، فان حلف لم يلزم البيع ، وان لم يحلف لزمه مقتضى البيع .

وقد اعترض بعض الفقهاء على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق بين المقيس والمقيس عليه ، لان قول المشتري للبائع : « بعني » من الالفاظ الصريحة في البيوع ، بخلاف

مسألة المساومة ، فان فيها احتمالاً يتردد بين قصد البيع وعدم قصده ، ونظراً لوجود هذا الاحتمال يطالب البائع باليمين لدفع الاحتمال .

ثم ذكر الشارح تنبيهات أربعة قرر في أولها أن البيع ينعقد أيضاً إذا طلب البائع من المشتري شراء سلعته وذلك بلفظين : اشتر ، واشتريت . كما ينعقد البيع أيضاً بلفظ : أتبيع سلعتك ؟ فقال البائع : بعت ، إلا أنه في هذه الحالة يطبق حكم مسألة السوم إذا قال المشتري بعد قبوله : ما أردت الشراء .

ثم تابع الحطاب شرح الألفاظ التي ينعقد بها البيع إذا حصل التراضي بين المتعاقدين مثل ألفاظ : ابتعت وأخذت ، وبعت وأعطيت ونحوها ، فان عبر أحد الجانبين عن رغبته بعد ذلك في أنه لم يرد انعقاد البيع ، فانه لا يسمع كلامه ، ويعتبر البيع لازماً حتى عند ابن القاسم الذي فرق بين كون الصيغة بلفظ الماضي أو لفظ المضارع ، فانه حكم بلزوم البيع بلفظ الماضي ولو حلف العاقد أنه لم يرض ، وأما في المضارع فقال : انه يلزم به البيع ما لم يحلف أنه لم يرد البيع ، وانه لم يرض به .

وقد أخذ برأي ابن القاسم جماعة من المالكية كابن يونس وأبي الحسن وابن عبد السلام والمصنف خليل وابن عرفة وغيرهم .

ثم بين الشارح مذهب المؤلف خليل في محل حلف اليمين وهو ما إذا كانت الصيغة المتكلم بها بلفظ المضارع وهو قول البائع : أبيعك ونحوه ، وقول المشتري : أشتري ونحوه . وفي الشرح نقول كثيرة عن فقهاء المالكية تويد هذا الحكم الذي يفرق فيه المالكية بين الماضي والمضارع .

ففي حالة كون اللفظ بصيغة المضارع إذا قال البائع بعد قوله : « أبيعكها بكذا » : لا أرضى ، أو قال المشتري بعد قوله « أنا اشتري بكذا » : لم أرد الشراء ، فان قائل ذلك يحلف على عدم ارادة البيع ، وانما اراد الوعد أو المزاح والهزل ، ذلك لأن هزل البيع ليس جداً بخلاف النكاح والطلاق والرجعة

والعتق ، فإن لم يحلف لزمه البيع ، ويعتبر الخلاف القائم في مسألة السوم حاصلاً في هذه المسألة . كذلك يحلف البائع في مسألة السوم : وهي حالة عرض البائع سلعته في الأسواق ، فيقول له شخص : بكم تبيعها ؟ فيقول صاحبها : بمبلغ كذا ، فيقول المشتري : أخذتها بذلك ، فيقول صاحب السلعة : ما أردت البيع ، وانما كنت مختبراً ثمنها أو هازلا ، ففي قول مالك وهو الراجح : يحلف البائع أنه ما اراد البيع ، فان حلف لم يلزمه البيع ، وان لم يحلف لزمه .

والقول الثاني أن البيع يلزمه ، والقول الثالث وهو تفصيل الابهري وهو أنه إذا ذكر المشتري ثمناً مناسباً للسلعة ، لزم البيع وان لم يذكر ثمناً مناسباً ، حلف على أنه لم يرد الشراء ، فان حلف لم يلزم البيع .

* * *

علة ربا الفضل في المطعومات عند المالكية

فصل (علة طعام الربا : اقتيات وادخار ، وهل لغلبة العيش : تأويلان ، كقمح وشعير وسلت ، وهي جنس ، وعلس وأرز ودخن وذرة وهي أجناس ، وقطنية ومنها كرسنة وهي اجناس) (١)

ص : (علة طعام الربا : اقتيات وادخار ، وهل لغلبة العيش ؟ تأويلان) (٢) .

ش : تقدم أن الربا يدخل في النقود وفي المطعومات ، فلما انقضى الكلام على النوع الاول اتبعه بالكلام على النوع الثاني ، وقد تقدم أن ربا الفضل يدخل هنا في الطعام الربوي ، فأخذ يبينه بأن بين علة الربا ما هي .

دليل تحريم ربا الفضل والنساء :

والاصل في هذا قوله عليه الصلاة والسلام : « البر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلا بمثل ، يداً بيد ، فمن زاد أو استزاد فقد

---

(١) راجع شرح هذه العبارة في كتاب الحطاب : ح ٤ ص ٣٤٥ — ٣٤٨ .

(٢) موجز شرح المتن هو أن علة حرمة الربا في المطعومات اقتيات أي (ما تقوم به البنية باستعماله بحيث لا تفسد عند الاقتصار عليه ، وفي معنى الاقتيات : اصلاح القوت كملح وتوابل) وادخار أي (بأن لا يفسد بتأخيره الى الامد المبتغى منه عادة ولا حد لذلك ، بل هو في كل شيء بحسبه) وهل يشترط مع الاقتيات والادخار كون المطعوم متخذاً لغلبة العيش بأن يكون غالب استعماله اقتيات الآدمي أو لا يشترط ذلك وهو قول الاكثر المعول عليه ؟ هناك تأويلان عند المالكية . وتظهر فائدة الخلاف في البيض والتين والجراد والزيت .

أربى ، فاذا اختلفت الاصناف ، فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد » وفي رواية: « الآخذ والمعطي فيه سواء » .

مذاهب العلماء في علة الربا :

وقصر أهل الظاهر على هذه المسميات لنفيهم القياس ، وأما من يقول بالقياس فلا خلاف بينهم أن الحكم ليس مقصوراً عليها ، وانما اختلفوا في العلة المقتضية للمنع حتى يقاس عليها ، وقد اختلف فيهـا على عشرة أقوال ، ذكر المصنف منها قولين :

الاول — أنها الاقتيات والادخار . قال ابن الحاجب : وعليه الاكثر . قال بعض المتأخرين : وهو المعول عليه في المذهب ، وتأول ابن رشد المدونة عليه[1] . قال بعض المتأخرين : وهو المشهور من المذهب .

ومعنى الاقتيات : أن يكون الطعام مقتاتاً أي تقوم به البنية ، ومعنى الادخار : أن لايفسد بتأخيره الا أن يخرج التأخير عن العادة .

والقول الثاني : أن العلة الاقتيات والادخار وكونه متخذا للعيش غالباً ، وهـذا القول للقاضيين : أبي الحسن بن القصار ، وعبد الوهاب ، وعبر عنه صاحب التنبيهات : بالمقتات المدخر الذي هو أصل للمعاش غالباً ، ونسبه للبغداديين[2] ، قال : وتأول جعفر بن زرب المدونة عليه ، ثم ذكر القول الاول فقـال : وذهب كثير من شيوخنا الى أنه لايلزم التعليق بكونه أصلا للعيش ، وانما المراد ادخاره غالباً ، وكونه قوتاً .

أثر اختلاف المالكية في علة الربا :

قال: وعلى اختلاف التعليلين اختلف أهل المذهب في البيض والتين لانها مدخران ، وليسا بأصل للمعاش غالباً ، وما ذكره في البيض من كونه مدخراً هو أحد الاقوال

---

(١) أي أنه تأول الكلام المذكور في كتاب المدونة للامام مالك على هذا القول .

(٢) المقصود بهم العراقيون ، وهم جماعة من فقهاء المالكية السابق ذكرهم .

فيه ، وادخاره بأن يشوى ، ويجعل في خل أو غيره ، وقيل : غير مدخر ، وقيل غير مقتات كما يأتي . قال في التوضيح : والخلاف فيه خلاف في شهادة[1] .

سبب اقتصار المصنف على ذكر قولين في علة الربا :

فقول المصنف : « وهل لغلبة العيش ؟ » معناه هل: العلة الاقتيات ؟ وانما اقتصر المصنف على هذين القولين ؛ لأن الفروع التي يذكرها مبنية على كل منهما ، فسيذكر[2] أن التين ليس ربويا ، وهذا مبني على القول الثاني . ويذكر أن البيض ربوي ، وهذا مبني على القول الاول ، وترك المصنف بقية الاقوال لضعفها عنده . ولا بأس بذكرها .

فقال القاضي اسماعيل : العلة الاقتيات وما يصلحه .

وقال ابن نافع : الادخار . وروي عن مالك : غلبة الادخار ، ويظهر الفرق بينه وبين مقابله في العنب الذي لا يتزبب[3] ، فعلى الادخار يخرج ، وعلى غلبته يدخل .

وقال الابهري : العلة الاقتيات والادخار ، أو التفكه والادخار . وقيل : العلة المالية ، فلا يباع ثوب بثوبين ، ونسب لابن الماجشون ، قال ابن بشير : وهذا يوجب الربا في الدور والارضين ، ولا يمكن قوله[4] .

وقيل : العلة مالية الزكاة ، ونسب لربيعة .

وقال أبو حنيفة : العلة الكيل . وقال الشافعي : الطعم .

---

(١) أي اختلاف في معاينة البيض لاعتباره مدخراً أو مقتاتاً أو غير ذلك .

(٢) أي أن المصنف خليل سيذكر في مختصره حكم التين هل يجري فيه الربا أم لا ؟ .

(٣) أي الذي لا يصير زبيباً .

(٤) أي لا يمكن القول بجريان الربا في العقارات ، إذ لا قائل بذلك .

تنبيهات :

(الأول) ـ حد الادخار

قال ابن ناجي : ولا حد للادخار على ظاهر المذهب ، وإنما يرجع فيه إلى العرف ، وحكى التادلي أنه سمع في بعض المجالس أن حده ستة أشهر فأكثر .

(الثاني) ـ كون الادخار في العادة :

قال في التنبيهات : لا بد مع الادخار من شرط العادة فيه ، ولا يلتفت الى ما ادخاره نادر ، فيجوز التفاضل في الجوز والرمان . وهذا نص المدونة ، ومشهور المذهب . وروى ابن نافع كراهة التفاضل فيهما ، لانه مدخر وييبس .

(الثالث) ـ الاقتيات أو ما في معناه :

لا بد أن يقال [١] على كل من القولين اللذين ذكرهما المصنف : وفي معنى الاقتيات ما يصلح للقوت ليدخل الملح أو التوابل .

المطعوم الذي يحرم فيه ربا النساء (الرابع) ـ

هذا تفسير للطعام الذي يحرم فيه ربا الفضل وربا النساء . وأما الطعام الذي يحرم فيه ربا النساء فقط ، ولا يحرم فيه ربا التفاضل فهو كما قال ابن عرفة : ما غلب اتخاذه لأكل آدمي ، أو لا صلاحه أو لشربه [٢] ، فيدخل الملح والفلفل ونحوهما ، واللبن لا الزعفران ، وان أصلح [٣] لعدم اتخاذه لاصلاحه ، والماء كذلك [٤] .

---

(١) أي لا بد أن يضاف إلى كل من القولين ما يكون في معنى الاقتيات .

(٢) أي أن علة ربا النساء مجرد الطعم لا على وجه التداوي، فتدخل الفاكهة والخضر كبطيخ وقثاء أو بقول كخس ونحو ذلك .

(٣) أي وان أصلح الطعام لكنه لا يتخذ لاصلاحه اصالة ، وانما هو أمر كمالي .

(٤) أي ان الماء مثل الزعفران ـ أي العصفر ، لا يحتاج اليه الطعام أساساً .

الاول : أعني ما يحرمان فيه [1] : هو الذي يسمى ربوياً ، بخلاف الثاني ، فانه لا يسمى ربوياً ، وإن دخله نوع من الربا ، وكأنه — والله أعلم — لما استكمل الأول من نوعي الربا نسب اليه [2] .

(الخامس) - السبب في تخصيص الحديث بذكر أربعة أصناف فقط :

تخصيصه ﷺ في الحديث الأربعة المذكورة بالذكر لينبه بالبر : على كل مقتات في حال الرفاهية وتعم الحاجة اليه ، وبالشعير : على كل ما يقتات في حال الشدة كالدخن [3] والذرة ، وعلى أنه لا يخرجه عن الاقتيات ، وان انفرد بصفة أخرى لكونه علفاً [4] ، وبالتمر : على كل ما يقتات ، وفيه حلاوة ، ويستعمل فاكهة في بعض الامصار كالزبيب والعسل ، وبالملح : على كل مصلح القوت ، وان كان لا يستعمل منه إلا القليل .

(فرع) - هل النخالة مطعوم ربوي :

قال الجزولي في شرح الرسالة في باب الطعام والشراب : قال في الاستغناء : اختلف في النخالة ، هل حكمها حكم الطعام أم لا ؟ فقيل : لا يجوز بيعها بطعام إلى أجل ، ولا بيعها قبل قبضها ، ولا اقتضاء الطعام من ثمنها [5] وقيل : يجوز جميع ذلك ، لانها كالعلف . انتهى .

سبب الكلام على اجناس المطعومات :

ص (كقمح وشعير وسلت وهي جنس) [6] .

---

(١) أي ان المطعوم الذي يجري فيه حرمة ربا الفضل وربا النساء هو المسمى ربوياً .

(٢) أي ان المطعوم حينما استكمل الوصف الاول في جريان نوعي الربا فيه نسب الى الربا

(٣) الدخن : نبات حبه صغير أملس .

(٤) يعني هذا أن الشعير وان اتصف بصفة منفردة وهي كونه علفاً للدواب ، فلا يخرج عن كونه مقتاتاً مثل البر ، والناس يأكلونه .

(٥) أي لا يجوز مبادلتها بطعام ربوي من جنسها .

(٦) باعتبار أن الفارق الذي يميز بين ربا الفضل وربا النساء هو اختلاف الجنس فينبغي بيان =

ش : لما كان اتحاد الجنسية هو المعتبر في تحريم التفاضل ، واختلاف الجنسية يبيح التفاضل لقوله في الحديث : « فاذا اختلفت الاصناف فبيعوا كيف شئتم » احتاج إلى بيان ما هو جنس واحد ، وما ليس كذلك ، ولم يفعل رحمه الله [1] كابن الحاجب وغيره من تبيين الربويات من غيرها أو لا ، ثم بيان ماهو جنس واحد ، أو جنسان ، بل جمع ذلك للاختصار .

قال ابن الحاجب : والمعتمد في اتحاد الجنسية على استواء المنفعة أو تقاربها [2] .

معيار التفرقة بين الجنس الواحد والجنسين :

قال في التوضيح : فان كان الطعامان يستويان في المنفعة كأصناف الحنطة أو يتقاربان كالقمح والشعير كانا جنساً (٣) ، وان تباينا كالتمر مع القمح كانا جنسين .

اعتبار القمح والشعير جنساً واحداً :

والمنصوص في المذهب ان القمح والشعير جنس واحد لتقارب المنفعة . وقال مالك في « الموطأ » بعد أن ذكر ذلك عن جماعة من الصحابة : انه الأمر عندنا . وقال المازري في المعلم : لم يختلف المذهب أنها جنس واحد .

قول السيوري وعبد الحميد الصائغ في أن القمح والشعير جنسان :

وقال السيوري وتلميذه عبد الحميد : هما جنسان واختاره ابن عبد السلام لظاهر الحديث أعني قوله : « فاذا اختلفت هذه الاجناس » .

= الجنس الواحد من الاصناف ، وهذه تعتبر جنساً واحداً على المعتمد عند المالكية لتقارب منفعتها .

(٢) أي المصنف خليل .

(٣) أي تقارب المنفعة في القوتية .

(٤) وحينئذ يحرم بيع الشعير بالقمح وبالعكس متفاضلا عند المالكية .

قال الشيخ زروق في شرح الارشاد : ورد الباحي قول المخالف : يفرق بين الشعير والقمح إذ تختار لقمة هذا على لقمة هذا : بأن هذا من حيث الترفه ، وذلك من حيث الاصالة في المنافع .

وهذه المسألة احدى المسائل الثلاث التي حلف عليها عبد الحميد الصائغ بالمشي إلى مكة ان لا يفتي فيها بقول مالك ، والثانية : خيار المجلس .

تفسير السلت وهل هو جنس متحد مع القمح :

وأما السلت : فالمذهب أنه كالقمح ، وفي أحد أقوال السيوري فيه نظر . قال ابن عرفة : والاظهر عدم جريه (١) لانه أقرب للقمح من الشعير ، قال الشيخ زروق في شرح الارشاد : يعني في طعمه ولونه وقوامه ، وان خالف في خلقته ، ويعرف عند المغاربة بشعير النبي ، وذكره ابن ناجي بصيغة الجزم فقال : ولا يتخرج فيه قول السيوري ، قال في المشارق : السلت حب بين البر والشعير لا قشر له ، وقال في الصحاح : السلت بالضم ضرب من الشعير ، ليس له قشر كأنه الحنطة .

العلس جنس منفرد :

ص (وعلس وأرز ودخن وذرة وهي أجناس) (٢) .

ش : اختلف في العلس : فالمعروف المشهور من المذهب أنه لا يلحق بالثلاثة(٣)، وانه جنس منفرد ، وقيل : انه يلحق بها وهو قول المدنيين (٤) ، ورواه ابن حبيب ، وحكاه ابن عبد البر عن ابن كنانة .

---

(١) أي أنه لا يتخرج للسيوري قول في اعتبار السلت جنساً مختلفاً عن القمح .

(٢) أي أنه باعتبار كون هذه الاشياء أجناساً فيجوز بيع بعضها ببعض متفاصلا في عقد ناجز ، ويحرم بيع بعضها ببعض لاجل سواء اتفق القدر أو اختلف بسبب وجود ربا النساء .

(٣) أي ان العلس جنس منفرد لا يلحق بالثلاثة المتقدمة وهي القمح والشعير والسلت .

(٤) المدنيون يشار بهم الى جماعة من المالكية هم : ابن كنانة وابن الماجشون ومطرف وابن نافع وابن مسلمة ونظراؤهم .

تفسير العلس :

والعلس : قال في الرسالة : حب صغير يقرب من خلقة البر . وقال ابن كنانة : هو حب مستطيل صغير . وقال في القاموس : العلس محركة : ضرب من البر ، يكون حبتان في قشرة ، وهو طعام أهل صنعاء اليمن .

الدخن والذرة والارز أجناس :

والمشهور أن الدخن والذرة والارز أجناس متباينة يجوز التفاضل فيما بينها ، وانها لا تلحق بالقمح . وذكر الباجي عن ابن وهب أنها جنس لا يجوز التفاضل بينها . وذكر ابن محرز عنه انها تلحق بالقمح وما معه . ونقل ابن بشير غير معروف ، ونقله اللخمي عن الليث ومال اليه .

وقال البرزلي في مسائل الصرف : والربويات والارز معلوم ، والذرة : قيل : البشنة ، وقيل : القطانية . وعن بعض شيوخنا : والدخن قيل : قمح السودان وهو المسمى درعاً ، وقيل : القطانية ، وسمعت بعض مشايخنا يقول : البشنة . انتهى .

والقطانية : هي التي تسمى في مكة بالذرة ، والبشنة : هي التي تسمى في عرف أهل الطائف بالاجرش .

وقول المصنف : « وعلس » : هو وما بعده : يجوز فيه الجر والرفع ، فالجر عطفاً على قوله : « كقمح » والرفع على الخبر ، وهو متعلق الجار والمجرور(١) ، فان قوله : كقمح خبر مبتدأ محذوف تقديره : مثاله كحب الخ ، والخبر انما هو المتعلق . والله تعالى أعلم .

القطنية أجناس :

ص : (وقطنية (٢) ومنها كرسنة (٣) وهي أجناس) (٤) .

---

(١) أي ان الجار والمجرور متعلقان بخبر محذوف تقديره : مثاله موجود وهو الخبر .

(٢) القطنية : بضم القاف وكسرها وسكون الطاء وكسر النون وتشديد الياء وتخفيفها موجود. وهي كل ماله غلاف من الحبوب وهى الاصناف السبعة التي هي : العدس واللوبيا والحمص والترمس والفول والجلبان والبسيلة .

(٣) الكرسنة : بكسر الكاف وتشديد النون ، وهو نبات له حب في غلف تعلفه الدواب .

(٤) موجز الشرح : أن القطنية ومن اصنافها الكرسنة تعتبر اجناساً يجوز التفاضل بينها مناجزة.

ش: المشهور من المذهب أن القطنية اجناس متباينة يجوز التفاضل بينها ، وهو قول مالك الاول ، واختاره ابن القاسم . قال صاحب الطراز : لاختلاف صورها واسمائها الخاصة بها ومنافعها ، وعدم استحالة بعضها الى بعض ، ولأن المرجع في اختلاف الاصناف الى العرف ، وهي في العرف أصناف ، ألا ترى أنها لا تجتمع في القسم بالسهم (١) .

وقيل : إنها جنس واحد وهو قول مالك الثاني .

قال في الرساله : والقطنية أصناف في البيوع ، وقد اختلف فيها قول مالك ، ولم يختلف فيها قوله في الزكاة إنها صنف واحد ، وذلك - والله أعلم - لان الزكاة لا يعتبر فيها المجانسة العينية ، وانما يعتبر فيها تقارب المنفعة ، وإن اختلفت العين بخلاف البيع ، ألا ترى أن الذهب والفضة جنس واحد في الزكاة وهما جنسان في البيع .

وقيل : الحمص واللوبيا جنس واحد ، والبسيلة والجلبان[٢] جنس ، وما عدا ذلك أصناف مختلفة ، ونسبها لابن القاسم وأشهب .

تفسير القطنية :

والقطنية : قال الجزولي : كل ماله مزود[٣] من الفول والحمص والعدس والجلبان واللوبيا وغيرها . وسميت قطنية ؛ لانها تقطن في البيوت أي تدخر فيها ، لانها لاتسرع اليها الايدي . وقال في باب الزكاة : القطنية : كل ماله خرّوبة[٣] كالفول والحمص والعدس واللوبيا والبسيلة وهى الكرسنة وغير ذلك ممالها خروبة انتهى .

---

(١) يعني أنها لا تتجزأ في القسمة أسهماً كما يتجزأ الصنف الواحد .

(٢) البسيلة : البزاليا ، الجلبان : بضم الجيم واللام وتشديد الباء : نبات له حب يشبه الماش .

(٣) أي ماله غلاف .

(٣) أى له وعاء كوعاء الخرنوب .

وقال الشيخ زروق : القطنية : ذوات المزاود . انتهى.

وقال الفاكهاني عن الازهري : القطنية حبوب كثيرة تقتات وتختبز ، وسميت قطنية لقطونها في بيوت الناس ، من قطن بالمكان : إذا أقام به ، وهو بضم القاف وكسرها ، قاله عياض . والحمص بفتح الميم وكسرها ، قال ثعلب : الاختيار الفتح ، وميمه مشددة ، قاله الفاكهاني . والعدس بفتح الدال . واللوبيا : الدجر ، قال في القاموس : الدجر مثلثة ، اللوبيا كالدجر بضمتين ، ويعني أنه مثلث الدال مع سكون الجيم .

الكرسنة هل هي من القطاني ؟

واختلف في الكرسنة هل هي من القطاني وهو المشهور أو هي صنف مستقل على حدته ، قاله ابن حبيب . وقيل : انها غير طعام ، وهو ظاهر قول يحيي بن يحيي : لا زكاة فيها . قال ابن رشد : وهو الاظهر ، لانها علف ، وليست بطعام . قال الفاكهاني في شرح الرسالة في باب الزكاة : قال الباجي : الكرسنة : البسيلة ، هكذا ذكره سند عنه . وذكر عن الطرطوشي : البسيلة : الماش[1] ، والماش من القطنية وهو بالعراق : حب صغير يشبه الجلبان . والواجب في ذلك أن يرجع الى المتعارف بين الناس .

قال الفاكهاني : لا مرية أن الماش غير البسيلة وان كان يشبهها بعض شبه . وقال ابن عرفة : وقول ابن بشير : الكرسنة هي اللوبيا خلاف سماع القرينين تفسير مالك القطنية بقوله : الجلبان واللوبيا والحمص والكرسنة وما أشبه ذلك . انتهى.

(فرع) قال سند : وعد مالك في المختصر الترمس مع القطنية ، وذكره ابن الجلاب في تفريعه ، والله أعلم .

---

(١) الماش : حب كالكرسنة يؤكل مطبوخاً ، الواحدة « ماشة » .

أضواء على النص

تكلم الخطاب عن علة ربا الفضل في المطعومات مبينا دليل تحريم هذا النوع من الربا من السنة الشريفة وهو حديث الاصناف الربوية الستة المعروف . ثم أشار إلى الظاهرية الذين قصروا الربا على الانواع المذكورة في الحديث ، لأنهم ينكرون القياس ، وأما القائلون بالقياس : فإنهم يقيسون على هذه الاصناف ما في معناها ، ألا أنهم اختلفوا في علة القياس ما هي ؟ وهذا الاختلاف يؤدي بالنتيجة الى توسيع وتضييق دائرة الربا بحسب نوع العلة في كل مذهب ، بل إن المالكية أنفسهم اختلفوا في تحديد علة ربا الفضل على رأيين :

رأي الاكثر وهو الارجح : أن علة ربا الفضل هي الاقتيات والادخار .

ورأي الاقلين وهو الأضعف : أن يضاف الى العلة السابقة كون المطعوم متخذاً للعيش غالباً ، وثمرة اختلاف الرأيين تظهر في بعض الاشياء وهي البيض والتين والجراد والزيت ، والمعتمد انه يجري فيها الربا .

وأما ربا النسيئة فعلته عند المالكية مجرد الطعم لا على وجه التداوي ، فتدخل الفاكهة والخضراوات والبقول في علة ربا النساء ، سواء اتحد الجنس أو اختلف أي أن علة الربا هذا تتحقق في هذه الاشياء ، كما ذكر الشارح في التنبيه الرابع.

وذكر أيضاً تنبيهات ضرورية بين فيها أن أمد الادخار مرجعه الى العرف والعادة ، فلا يعتد بالادخار النادر ، ويعتبر الطعام ربويا إذا كان مقتاتا عند الناس أو وسيلة لاصلاح الطعام كالملح والتوابل ونحوها .

وفي التنبيه الخامس بين الخطاب السر فيما ذكره الرسول ﷺ من أصناف المطعومات وهو كونها أهم الاشياء الشائعة التي يعتمد عليها في قوام العيش الضروري بحسب عرف العرب في الماضي ، فيقاس عليها كل ما في معناها ، أما ما ليس في معنى هذه الاصناف فلا يتحقق فيه الربا كالحديد والنحاس ونحو ذلك . وقد

ذكر الشارح قولين في النخالة : هل يجري فيها الربا أم لا .

وبما أن اتحاد الجنس أمر لا بد منه لتحقق ربا الفضل ، كان من المناسب الكلام عن الاجناس المتحدة والمختلفة بحسب مذهب المالكية ، فيعتبر الطعامان من جنس واحد إذا استويا في الانتفاع بهما أو تقاربا في المنفعة . وعلى هذا الاساس يعتبر القمح والشعير والسلت جنساً واحداً ، أما العلس والذرة والارز والدخن والبقول السبعة فهي أجناس .

وقد أفاض الحطاب في بيان ذلك وفي تفسير هذه الانواع من المطعومات .

حكم بيع العينة عند المالكية

(جاز لمطلوب منه سلعة أن يشتريها ليبيعها بنماء ، ولو بمؤجل بعضه . وكره خذ بمائة ما بثمانين أو اشترها ويومىء لتربيحه ، ولم يفسخ ، بخلاف : اشترها بعشرة نقداً وآخذها باثني عشر لاجل . ولزمت الآمر إن قال : « لي » وفي الفسخ إن لم يقل « لي » الا أن تفوت فالقيمة ، أو امضائها ولزومه الاثني عشر : قولان) [1].

ص (جاز لمطلوب منه سلعة أن يشتريها ليبيعها بنماء)[2] .

ش : لما فرغ رحمه الله من الكلام على بيوع الآجال[3] التي لا يختص أحداً عقبها ببيع أهل العينة ، لاتهام بعض الناس فيها . وهذا الفصل يعرف عند أصحابنا ببيع أهل العينة .

---

(١) راجع الشرح في مواهب الجليل للحطاب : ج ٤ ص ٤٠٤ ـ ٤٠٦

(٢) موجز الشرح أن العينة ثلاثة انواع : جائز ومكروه وممنوع ، وبدأ بالنوع الاول في هذه العبارة وهو أنه يجوز لمن طلبت منه سلعة وليست عنده أن يشتريها من مالكها ليبيعها لطالبها منه بزيادة ربح ، وهو المقصود بقوله « بنماء » وهو الموجود في نسخة وهو أحسن تعبير لأنه المقصود ، وفي نسخة « بمال » وفي أخرى « بثمن » .

(٣) أي لما انتهى المصنف في الباب السابق من الكلام على بيوع الآجال ، تكلم عن بيع العينة .

تعريف العينة :

والعينة بكسر العين : وهو فعلة من العون ، لأن البائع يستعين بالمشتري على تحصيل مقاصده . وقيل : من العناء وهو تجشم المشقة .

وقال عياض في كتاب الصرف : سميت بذلك لحصول العين وهو النقد لبائعها ، وقد باعها لتأخير (١) . وقال قبله : هو أن يبيع الرجل الرجل السلعة بثمن معلوم الى أجل ثم يشتريها منه بأقل من ذلك الثمن ، أو يشتريها بحضرته من أجنبي يبيعها من طالب العينة بثمن أكثر مما اشتراها به الى أجل ، ثم يبيعها هذا المشتري الاخير من البائع الاول نقداً بأقل مما اشتراها به . وخفف هذا الوجه بعضهم ، ورآه أخف من الاول .

وقال ابن عرفة : بيع أهل العينة : هو البيع المتحيل به على دفع عين في أكثر منها (٢) . اه .

أقسام بيع العينة :

وقسم ابن رشد في رسم : « حلف أن لايبيع » من سماع ابن القاسم من كتاب السلم والآجال ، أو في سماع سحنون من كتاب البضائع والوكالات ،وفي كتاب بيوع الآجال من المقدمات العينة (٣) الى ثلاثة أقسام : جائز ومكروه وممنوع ، وجعلها صاحب التنبيهات في كتاب الصرف أربعة أقسام ، وزاد وجها

---

(١) يعني أن التسمية مأخوذة من ان البائع تعود له السلعة ببيع عاجل ، مع أنه كان قد باعها بثمن مؤجل .

(٢) أي أنه البيع الذي يقصد به تسليم عين أو سلعة الى شخص آخر بطريق البيع ليتوصل من هذه العملية الى ما هو أكثر قيمة من هذه السلعة .

(٣) هذا هو المفعول به لفعل : « قسم » أي قسم ابن رشد العينة الى ثلاثة اقسام في فصل « حلف أن لا يبيع » من سماع سحنون وغيره .

رابعا مختلفا فيه ، وتبعهم المصنف ، فأشار الى الجائز بقوله : « جاز لمطلوب منه سلعة أن يشتريها ليبيعها بمال ، وفي بعض النسخ « بنماء » أي بزيادة ، وهو أحسن ، فان هذا هو المقصود من العينة .

بيـع العينة الجائز :

قال في المقدمات (١) : الجائز أن يمر الرجل بالرجل من أهل العينة . وقال في كتاب السلم والآجال من البيـان : أن يأتي الرجل الى رجل منهم يعني من أهل العينة ، فيقول : هل عندك سلعة كذا وكذا أبتاعها منك ؟ وفي البيـان تبيعها مني بدين ، فيقول : لا ، فينقلب عنه على غير مراوضة (٢) ولا مواعدة ، فيشتري المسئول تلك السلعة التي سأله عنها ، ثم يلقاه ، فيخبره انه اشترى السلعة التي سأله عنها ، فيبيعها منه ، قال في المقدمات : بما شاء من نقـــد أو نسيئة وقال في كتاب البضائع والوكالات : فيبيـع ذلك منه بدين .

وقال في التنبيهات : الجائز لمن لم يتواعدا على شيء ولا يتراوض مع المشتري كالرجل يقول للرجل : أعندك سلعـــة كذا ؟ فيقول : لا ، فينقلب على غير مواعدة ويشتريها ، ثم يلقاه صاحبه ، فيقول : تلك السلعة عندي ، فهـذا جائز أن يبيعها منه بما شاء من نقد وكالىء (٣) . ونحوه لمطرف .

قال ابن حبيب : مالم يكن تعريض أو مواعدة أو عادة .

قال : وكذلك ما اشتراه الرجل لنفسه يعده لمن يشتريه منه بنقد او كالىء

---

(١) هو كتاب المقدمات الممهدات لابن رشد القاضي ، وهو غير صاحب كتاب « بداية المجتهد » أي ابن رشد الحفيد .

(٢) تراوض القوم في البيع والشراء : تجاذبوا وهو ما يجري بين المتبايعين من الزيادة والنقصان، أي تساوموا .

(٣) أي دين .

ولا يواعد في ذلك أحداً يشتريه ، ومنه : لا يبيعه له (١) . وكذلك الرجل يشتري السلعة لحاجة ثم يبدو له ، فيبيعها أو يبيع دار سكناه ، ثم تشق عليه النقلة منها ، فيشتريها أو الجارية ، ثم تتبعها نفسه ، فهؤلاء ما استقالوا (٢) أو زادوا في الثمن فلا بأس به .

حالة من بيوع العينة مختلف فيها والراجح جوازها :

وذكر ابن مزين : لو كان مشتري السلعة يريد بيعها ساعتئذ ، فلا خير فيه ، ولا ينظر الى البائع كان من أهل العينة أم لا . قال : فيلحق هذا الوجه بهذه الصورة على قوله بالمكروه . اه .

فيكون ما ذكره عياض عن هذا الوجه مختلفاً فيه ، والمشهور أنه جائز ، وقول ابن مزين : انه مكروه ، ولم يحك ابن رشد في جوازه خلافاً .

اشارة المصنف الى الحالة المختلف فيها :

وأشار المصنف الى الوجه الرابع المختلف فيه الذي زاده عياض بقوله : «ولو بمؤجل بعضه » . قال في التنبيهات : والرابع المختلف فيه : ما اشترى ليباع بثمن بعضه مؤجل ، وبعضه معجل ، فظاهر مسائل الكتاب (٣) والامهات : جوازه ، وفي العتبية : كراهته لاهل العينة (٤) .

لكن قال ابن غازي : ظاهر كلام المصنف أن هذا مفروع على مسألة « المطلوب منه سلعة » كما يوهمه لفظ عياض ، ثم ذكره ، ثم قال : فقد يسبق للوهم أن

---

(١) أي لا يواعد أحداً أنه لا يبيعه له .
(٢) أي طلبوا إقالة البيع أي فسخه .
(٣) أي المدونة للامام مالك .
(٤) أي الذين يجعلون عينة أي سلعة واسطة بينهما يجرون عليها عقد بيع للتوصل الى الربا .

قوله (١) « بثمن » يتعلق بقوله : « ليباع » وليس ذلك بمراد بل هو متعلق بـ « اشترى » وفي الكلام تقـــديم وتأخير ، وتقديره : ما اشتري بثمن مؤجل ، وبعضه معجل ليباع ، فهي اذن مسألة أخرى غير مفرعة على مسألة المطلوب منـه سلعة . وذكر من كلام صاحب التنبيهـــات ما يدل على ذلك ، ثم ذكر عن « البيان » نحو ذلك ، ثم قال :

« فان قلت : لعل المصنف انما فرعها على مسألة المطلوب منه سلعة ، تنبيهاً على أن المختار عنـده من الخلاف الجواز ، وإن تركبت المسألة من الوصفين ، فتكون غير المركبة أحرى بالجواز » .

قلت : هذا أبعد ما يكون من التأويل ، ولكن يقربه الظن الجميل ، ويتقي العهدة في التزام جواز المركبة . اه . (٢) .

---

(١) الضمير عائد لصاحب التنبيهات الذي ذكر الوجه الرابـع المختلف فيه .

(٢) خلاصة الكلام في هذا الموضوع أن عبارة المصنف وهي « ولو بمؤجل بعضه » تشمل صورة الخلاف المتنازع فيها وهي أنه نظراً لحاجة المشتري الى المال يشتري سلعة من شخص ثم يبيـع من تلك السلعة بقدر ما يدفع ثمنه حالا للبائع الاول ، ويبقي بقيمتها عنده للاجل في مقابلة ما بقي من الثمن،وهذا اذا كانت السلعةيمكن بيع بعضها.وتقدير الكلام ان يجعل « بثمن »متعلقا بفعل « يشتريها » من مالكها ، ثم يبيـع منها بعضاً يدفع ثمنه للبـــائع الاول ، والبعض الآخر من السلعة يبقيه عنده بباقي الثمن للاجل.وابن غازي وغيره جعلوا صورة الخـلاف هذه غير الصورة التي ذكرها المصنف،وجماعة آخرون قالوا : كلام المصنف مسألة وكلام العتبية مسألة أخرى : فكلام المصنف فيمن طلبت منه سلعة فيشتريها من مالكها ، ثم يبيعها لمن طلبها منه، فيجوز له أن يبيعها له بثمن كله معجل أو كله مؤجل أو بعضـه معجل وبعضه مؤجل . أما كلام العتبية فهو فيمن كان من أهل العينة : يشتري السلعة من التجار ، ويبقيهـا عنده حتى يأتيه من يشتريها منه بثمن بعضه مؤجل وبعضه معجل،فظـاهر المدونة والامهات جواز ذلك لاهل العينة ، وظاهر كتاب العتبية الكراهة .

(قلت)[1] : وقد يتلمح الجواز من قول ابن رشد : فيبيعها بما شاء من نقد أو نسيئة . ونحوه[2] لعياض كما تقدم .

ص (وكره : خذ بمائة ما بثمانين ، أو اشترها ، ويومىء لتربيحه ولم يفسخ)[3] .

الحالة المكروهة من بيوع العينة :

ش: هذا هو الوجه المكروه . قال في كتاب السلم والآجال من البيان : والمكروه أن يقول : أعندك كذا وكذا تبيعه مني بدين ؟ فيقول : لا ، ابتع ذلك ، وأنا ابتاعه منك بدين ، وأربحك فيه ، فيشتري ذلك ، ثم يبيعه منه على ما تواعدا عليه .

وقال في المقدمات : المكروهة : أن يقول : اشتر سلعة كذا ، وأنا اربحك فيها كذا وكذا ، أو اشتريها منك من غير أن يراوضه على الربح .انتهى. انظر[4] قوله : أربحك فيها كذا وكذا مع قوله : من غير أن يراوضه على الربح ، والصواب اسقاط قوله : كذا وكذا .

وقال في التنبيهات : أن يقول : اشتر سلعة كذا ، وأنا أربحك فيها واشتريها منك من غير مراوضة ولاتسمية ربح ، ولا يصرح بذلك ، ولكن يعرض به .

---

(١) اي الحطاب .

(٢) اي ونحو هذا الكلام لعياض .

(٣) موجز الشرح : انه كره لمن قيل له:سلفني ثمانين ليرة مثلا ، واردها لك مائة ، مثلا ان يقول: خذ مني بمائة سلعة ثمنها ثمانون.ويكره ايضاً ان يقول شخص لبعض اهل العينة : اذا مرت عليك السلعة الفلانية فاشترها ، ويومىءلتربيحه اي يصرح بالربح من غير ذكر قدر له ، فان صرح بقدر الربح حرم ، وفي حالة عدم التصريح بقدر الربح لايفسخ البيع ، فقد اتى المصنف بعبارة « ولم يفسخ » ليدفع توهم من يظن ان المراد بالكراهةالتحريم وبالتالي : القول بالفسخ.

(٤) هذا من قول الشارح الحطاب تعقيباً على ما قاله ابن رشد في المقدمات .

قال ابن حبيب : فهذا يكره ، فان وقع مضى[1] . وكذلك قال ابن نافع عن مالك : ولا أبلغ به الفسخ . قال فضل : وهـذا على قول ابن القاسم ، ويجب أن يفسخ شراء الآمر ، ولذلك كرهوا أن يقول له : لا أحل أن أعطيك ثمانين في مائة ، ولكن هذه السلعة قيمتها ثمانون ، خذها بمائة . انتهى .

وقول فضل : يجب أن يفسخ شراء الآمر مخالف للمشهور .

الحالة الممنوعة من بيوع العينة :

ص (وبخلاف : اشترها بعشرة نقداً ، وآخذها باثني عشر لاجل)[2]

ش : قال الشارح : يحتمل أن يكون مراده بخلاف كذا ، فإنه يمتنع ، أو فإنه يفسخ ، والمعنى متقارب. انتهى . والظاهر الاول ، فان هذا هو القسم الممنوع . وقد ذكروا فيه ست مسائل : منها ما يفسخ ، على أن اطلاقهم المنع على هذا القسم تجوّز فإن بعضه مكروه ، أو جائز كما سيأتي .

قال في المقدمات : والمحظور أن يراوضه على الربح . فيقول « اشتر سلعة كذا بكذا وكذا ، وانا أربحك فيها كذا ، وأبتاعها منك بكذا . ونحوه في البيان. وقال في التنبيهات : الحرام الذي هو ربا صراح : أن يراوض الرجل الرجل على ثمن السلعة التي يساومه فيها ليبيعها منه الى اجل ، ثم على ثمنه الذي يشتريها به منه بعد ذلك نقداً ، أو يراوضه على ربح السلعة التي يشتريها له من غيره ، فيقول : أنا اشتريها على أن تربحني فيها كذا أو للعشرة كذا . قال ابن حبيب : فهذا حرام ، وكذلك لو قال : اشترها لي وانا اربحك ، وان لم يسم ثمناً ، وذلك كله ربا ، ويفسخ هذا ، وليس فيه الا رأس المال . انتهى .

---

(١) أي نفذ البيع ولم يفسخ .

(٢) موجز الشرح : وبخلاف قول الآمر : اشترها بعشرة نقدا ، وأنا آخذها منك باثني عشر لاجل كشهر ، فلا يجوز لما فيه من سلف جر نفعا . وفي هذه الحاله اما أن يقول الآمر : « لي » واما ان لا يقول « لي » . وهذان الاحتمالان سيذكرهما المصنف في العبارة التالية .

وما ذكره عن ابن حبيب في قوله: اشترها لي ، وانا اربحك وان لم يسم ثمناً ، مخالف لما تقدم عن ابن رشد في المقدمات والبيان وما مشى عليه المصنف من أن ذلك مكروه فقط ، ولا يفسخ ، فيكون ما ذكره عن ابن حبيب خلاف المشهور، وهو ظاهر ، بل سيأتي عن مالك أنه لا يفسخ مع تسمية الثمن والربح في بعض المسائل ، وانه في بعضها جائز . وسيأتي التنبيه على ذلك ، وذكر في التوضيح كلام عياض ، ولم ينبه على ما ذكره ، فتأمله .

مسائل ستة في القسم الممنوع من بيع العينة :

قال في المقدمات والبيان : وفي هذا الوجه ست مسائل متفرقة الاحكام : ثلاث في قوله : اشتر لي ، وثلاث في قوله : اشتر لنفسك ، أو يقول : اشتر ، ولا يقول : لي ولا لنفسك .

فقول المصنف : بخلاف اشترها بعشرة نقداً ، وآخذها باثني عشر إلى أجل : يعني به أنه يمتنع ان يقول الرجل للرجل : اشتر سلعة كذا بعشرة نقداً ، وآخذها باثني عشر لاجل ، سواء قال : اشترها لي ، أو لنفسك ، أو لم يقل : لي أو لنفسك ، فهذا ممنوع ، ولكن لكل واحد حكم يخصه بينه بقوله :

---

(١) موجز الشرح : ان السلعة لزمت الآمر بالعشرة دراهم مثلًا ان قال : اشترها لي ، ويفسخ البيع باثني عشر لاجل . وإذا لم يقل الآمر : لي ، مع أنه امره بشرائها بعشرة ، واتفق معه على ان يشتريها منه باثني عشر لاجل،ففي فسخ البيع الثاني وامضائه قولان : فقيل يفسخ البيع الثاني وهو اخذ الآمر لها باثني عشر لاجل . وقيل: يمضى العقد الثاني بمجرد انعقاده ويلزم الآمر باثني عشر للاجل سواء كانت السلعة قائمة أو فائتة ، والمعتمد هو القول الثاني والعمل بالقول الأول اذا كانت السلعة ما زالت قائمة في يد الآمر ، فترد بعينها المأمور فان فاتت أي هلكت في يد الآمر فيرد قيمتها يوم القبض في الحال بالغة ما بلغت ، سواء زاد على الاثني عشر أو نقصت . ويلاحظ أن حرف العطف في قوله: أو امضائها . هو بمعنى الواو ؛ لان الخلاف انما هو في الفسخ والامضاء لا في احدهما .

ص: (ولزمت الآمر : ان قال : لي ، وفي الفسخ : ان لم يقل : لي ، الا أن يفوت فالقيمة ، أو امضائها ولزومه الاثني عشر : قولان) .

الزام الآمر بالسلعة :

ش : يعني انه اذا قال : اشتر لي سلعة كذا بعشرة نقداً وأنا آخذها منك باثني عشر لاجل .

ولفظ التوضيح والبيان في موضع : وانا اشتريها .

ولفظ المقدمات والبيان في موضع آخر : وانا ابتاعها منك ، قال في المقدمات والبيان : فذلك حرام لا يحل ، ولا يجوز ، لانه من رجل ازداد في سلفه (١) ، فان وقع لزمت السلعة الآمر ، لان الشراء كان له ، وانما أسلفه المأمور ثمناً ، ليأخذ منه اكثر منه الى أجل ، فيعطيه العشرة معجلة ، ويطوع عنه ما أربى (٢) انتهى .

هل يستحق المأمور جعلا :

واختلف فيما يكون للمأمور من الجعل على الخلاف الآتي في المسألة الآتية : قال في المقدمات والبيان ، وقال في سماع سحنون : ان لم تفت (٣) السلعة فسخ البيع ، يعني البيع الاول الذي بين المأمور ورب السلعة . قال : وهو بعيد ، فقيل : معناه إذا علم البائع الأول بعلمهما (٤) ، والله اعلم . وقوله : ان لم يقل الخ ، يعني به : وان قال له : اشتر سلعة كذا لنفسك ، أو قال : اشتر ، ولم يقل : لي ولا لنفسك ، كما تقدم عن المقدمات والبيان : بعشرة نقداً وانا آخذها منك أو أشتريها منك أو ابتاعها منك منك باثني عشر لاجل .

---

(١) أي انه احدث زيادة في القرض الذي اقرضه .
(٢) أي ويتطوع الآمر في دفع الزيادة الربوية عن المبلغ الأصلي .
(٣) أي ان لم تهلك السلعة .
(٤) أي اذا علم البائع الاول باتفاق الآمر والمأمور على الربا .

القولان في فسخ وامضاء البيع في الحالة الممنوعة :

قال في المقدمات : فهذا لا يجوز الا أنه مختلف فيه إذا وقع على قولين :

أحدهما ـ أن السلعة لازمة للآمر باثني عشر ، لان المأمور كان ضامنا لها ، ولو تلفت (١) في يده قبل ان يبيعها من الآمر .

زاد في المقدمات : ولو أراد الآمر ان لا يأخذها بعد اشتراء المأمور ، كان ذلك له . ويستحب للمأمور ان يتورع فلا يأخذ من الآمر الا ما نقده في ثمنها ، وهو قول ابن القاسم في سماع سحنون ، وروايته عن مالك .

والقول الثاني ـ ان البيع الثاني يفسخ ، ويرد السلعة الى المأمور إذا كانت قائمة ، وان فاتت ردت اليه قيمتها معجلة ، كما يصنع بالبيع الحرام ، لانه باعه اياها قبل أن تجب له فيدخله بيع ما ليس عندك . وهو قول ابن حبيب .

كيف أشار المصنف الى القولين المذكورين :

والى هذين القولين اشار المصنف بقوله : « وفي الفسخ ان لم يقل : لي » أي سواء قال : لنفسك ، ام لم يقل ذلك وقوله : « الا ان تفوت ، فالقيمة » فيه مسامحة (٢) ، لانه يقتضي انه اذا فاتت السلعة لا يفسخ البيع ، وليس كذلك بل يفسخ على هذا القول مطلقاً ، فان لم تفت السلعة ردت نفسها ، وان فاتت ردت قيمتها . ويشير الى هذا بقوله : « فالقيمة » . ولو أسقطه المصنف ، أو قال بدله : « مطلقاً » (٣) لكان أبين ، وكان يعلم مما تقدم انه اذا فسخ ردت السلعة ان كانت قائمة ، فان فاتت ردت قيمتها . ويأتي له مثل هذا في المسألة

---

(١) أي حتى ولو تلفت السلعة في يد المأمور فانه يضمنها .

(٢) اي ان هذا التعبير فيه تسامح ، لانه يوهم ان البيع لا ينفسخ حالة الهلاك .

(٣) يعني ان هذا التعبير يشمل حالتي الفسخ فيما اذا كانت السلعة قائمة او هلكت .

الاخيرة . واشار (١) الى القول الآخر بقوله : « وامضائها ، ولزومه الاثني عشر» يعني سواء كانت قائمه أو فاتت ، وكان ينبغي للمصنف ان يقتصر على هذا (٢) ، لانه قول ابن القاسم ، وروايته عن مالك ، ولم ينبه المصنف على أنـه يستحب للمأمور على هذا القول ان يتورع ، ولا يأخذ الا ما نقد (٣) ولا على ان ضمان السلعة قبل ان يشتريها الآمر من المأمور (٤) ، وعلى أن الآمر لا يلزمه ان يأخذ السلعة ان ابى لوضوح ذلك .

وفهم من كلام ابن رشد انه اذا قال : اشترها لي : انها في ضمانه ، وانـه ليس له أن يقول : لا آخذها ، وهو بين ، والله اعلم ، وهذه المسألة فيما يبين أن مراد المصنف بقوله : « بخلاف اشترها » أي فانه ممنوع ، لا أنه يفسخ .

أضواء على النص

تكلم الحطاب عن تعريف العينة لغة واصطلاحاً ، وبـين السبب في تسمية هذا النوع من البيوع ببيـع العينة وهو اما لاستعانة البائـع المشتري للوصول إلى اغراضه غير المشروعة أو لتوسط عين معينة في عقد بيـع تحيلا على أكل الربا . ثم ذكر الشارح انواع بيـع العينة الثلاثة وهي جائز وممنوع ومكروه .

فبيـع العينة الجائز : هو الذي يتم بين شخصين دون الاتفاق سلفاً قبل شراء السلعة على اتمام عملية البيـع والشراء ، وقد استطرد الشارح هنا ، فبين الحكم في حالة

---

(١) اي المصنف .

(٢) يعني ان يقتصر على القول الثاني لانه هو المعتمد ، ولا جعل للمأمور على القولين،وهذا واضح لانه اذا فسخ البيـع الثانيعلى القول به فظاهر عدم الجعل ،واذا مضى البيـع على القول الثاني فقد اخذ الدرهمين .

(٣) أي لا يأخذ الا ما دفعه معجلاً.

(٤) أي ولم ينبه المصنف على أن المأمور يضمن السلعة اذا هلكت قبل شراء المشتري الثاني .

ما اذا كان البيع بثمن مجزء : بعضه معجل وبعضه الآخر مؤجل ، فهذا جائز على المعتمد ، وقيل كما في كتاب العتبية : انه مكروه ، وهذه الصورة هي المركبة من وصفين بالنسبة لتأجيل بعض الثمن وتعجيل بعضه .

وأما صورة بيع العينة المكروه فتحصل بسبب الاتفاق على الشراء بدون تحديد مقدار معين من الربح . وهناك نقول كثيرة عن علماء المالكية في تصوير هذه الصورة مع اتفاق غالبيتهم على عدم القول بفسخ الشراء فيما عدا ما قاله فضل وهو خلاف المشهور عند المالكية .

وأما الحالة الممنوعة من بيوع العينة :فهي ان يتم الاتفاق صراحة على البيع مع تحديد مقدار الربح بطريق البيع المؤجل ، فلا يحل ذلك لانه طريق للربا . وهذه الحالة لها اشكال ستة أو ثمانية تنحصر فيما اذا امر شخص غيره ان يشتري له سلعة بثمن ويأخذها بثمن آخر ، فهذان الثمنان اما ان يكونا نقداً أو مؤجلين أو الأول نقداً والثاني لاجل أو بالعكس ، وفي كل من هذه الصور الاربعة اما أن يقول الآمر : « لي » أم لا ، فهي صور ثمانية .

ويلتزم الآمر بالشراء بالسلعة المشتراة اذا قال : لي . فان لم يقل : لي، فهناك قولان : احدهما يقرر فسخ البيع الثاني الذي يشتمل على الربا . والقول الثاني وهو المعتمد عند المالكية يقرر امضاء البيع ونفاذه . وعلى كلا القولين لا يستحق المأمور بالشراءَ اجراً على عمله . وأما في حالة قول الآمر « لي » فهناك قولان : قول يقرر استحقاق المأمور بالشراء اجر المثل ، وقول يقرر انه يستحق الاقل من اجر المثل ومن الربح .

كراء الدور مشاهرة ومساناة،وكراء أرض المطر مدة من السنين :

ص : وجاز الكراء (مشاهرة ، ولم يلزم لهما الا بنقد ، فبقدره ، كوجيبة بشهر كذا ، وهذا الشهر أو شهراً أو الى كذا ، وفي سنة تأويلان . وأرض مطر عشراً ان لم ينقد ، وان لسنة الا المأمونة كالنيل ، والمعينة ، فيجوز، ويجب

في مأمونة النيل إذا رويت ، وقدر من ارضك إن عين ، أو تساوت ، وعلى ان يحرثها ثلاثاً ، أو يزبلها ان عرف ، وارض سنين لذي شجر بها سنين مستقبلة وان لغيرك ، لا زرع » .

(راجع شرح هذا النص من كتاب التاج والاكليل لمختصر خليل **للمواق** بهامش كتاب الحطاب : حـ ٥ ص ٤٤٠ — ٤٤١) .

ص (ومشاهرة ، ولم يلزم لهما الا بنقد ، فبقدره) (١) .

حكم الاجارة مشاهرة :

ش :من المدونة قال مالك : من قال لرجل : اكتري منك دارك أو حانوتك أو أرضك أو غلامك أو دابتك في كل شهر أو في كل سنة بكذا ، أو كل سنة بكذا ، أو قال : في الشهر أو في السنة أو الشهر أو السنة ، فلا يقع الكراء على تعيين وليس بعقد لازم ، ولرب الدار أن يخرجه متى شاء ، وللمكتري ان يخرج متى شاء ، ويلزمه فيما سكن حصته من الكراء

ابن يونس (٢) : وكأنه في ذلك كله قال له : اكريك من حساب الشهر أو من حساب السنة بكذا . هذا هو موضوع هذه الالفاظ الا ان ينقده في ذلك كراء شهر أو سنة فيلزمه تمام ذلك .

حكم الاجارة لمدة محدودة :

ص (كوجيبة بشهر كذا ، وهذا الشهر ، أو شهراً ، أو إلى كذا)(٣) .

---

(١) موجز الشرح : انه يجوز كراء الدورمشاهرة وهو كل ما عبر فيهبلفظ « كل »نحو : كل شهر بكذا ، او كل يوم ، أو كل جمعة ، وكل سنة بكذا ولكن لا يلزم الكراء ، فلكل من المتكاريين فسخ العقد متى شاء ، ولا كلام للآخر ، الا ان يدفع المكتري اجرة شهور معينة فيلزمه بقدر ما نقد للمكري .

(٢) أي قال ابن يونس . وقد حذف الفعل اختصاراً.

(٣) موجز الشرح : كما ان المشاهرة لقب لمـــدة غير محدودة فالوجيبة لقب لمدة محدودةسواء=

ش : عياض[1] : كراء الدور مشاهرة ومساناة[2] لا خلاف إذا نص على تعيين السنة أو الشهر أوجاء بما يقوم مقام التعيين أنه لازم لهما[3] ، وذلك في خمس صور:

صور الوجيبة الخمسة :

إذا قال : شهر كذا ، وهذا الشهر ، أو سمى العدد فيما زاد على الواحد ، فقال : شهرين أو ثلاثة ، أو ذكر الاجل ، فقال : أكريك إلى شهر كذا ، أو أنقد كراء كذا شهراً أو أكثر ، إن هذا كله لازم لهما المدة التي ذكراها، لاخيار لواحد منهما . ا ه .

فانظر قول عياض : « وسمى العدد فيما زاد على الواحد » فلعل لفظ خليل كان : « أو أشهر » فاسقط الناسخ الالف . وانظر قولهم « شهر كذا » قال المتيطي : لايضاف « شهر » الا الى رمضان والربيعين . قال : والشهور كلها تذكر الا جمادى .

والذي لابن يونس : وإن اكترى منه سنة بعينها أو شهراً بعينه ، فلا يكون لاحداهما فسخه الا أن يتراضيا على ذلك جميعاً .

قال ابن حبيب : وكذا لو قال : ستة أشهر ، أو هذه السنة أو الى سنة

= كانت معينة أم غير معينة مثل هذه السنة او هذا الشهر أو سنة كذا أو شهر كذا ،أو ذكر انتهاء الاجل مثل اكتريها الى شهر كذا او الى سنة كذا، كل ذلك وجيبة تلزم بالعقد سواء نقد المكتري الاجرة ام لا ، ما لم يتفقا على الفسخ متى شاء احدهما وقوله له « كوجيبة » تشبيه في اللزوم المفهوم من قوله : « الا بنقد فبقدره » .

(١) أي قال عياض .

(٢) اي كل سنة بكذا .

(٣) اي ان العقد ملزم للطرفين .

كذا ، فهذا كله وجيبة لازمة ، الا أن يشترط الخروج[1] لمن شاء ، فيلزمها ذلك ، ولايجوز فيه حينئذ النقد[2] ويجوز في الاول النقد والتأخير ، ولم يختلف في هذا مالك وأصحابه . انتهى.

الخلاف في قول المكتري :أكتري منك سنة بكذا : هل هو وجيبة أم لا ؟ :

ص : (وفي سنة بكذا تأويلان)[3] .

ش : عياض : واذا قال : أكري منك سنة بدرهم أو شهراً بدرهم فحمل أكثرهم ظاهر المدونة أنه مثل قوله : « هذه السنة » تلزمها السنة أو الشهر .

ابن عرفة في كون الدار مشاهرة منحلا مطلقاً فيما لم يسكن[4] ، ولزومه في أول الشهر فقط .

ثالثها – لزوم الشهر بسكنى بعضه أولاً كان أو غيره ، لابن القاسم[5] وابن الماجشون ، ورواية ابن أبي أويس[6] .

---

(١) اي ان يخرج من الدار متى شاء .

(٢) اي دفع الاجرة مقدماً .

(٣) موجز الشرح : انه في قول المكتري للمكري : « اكتري منك هذا الشيء سنة بكذا » فيه تأويلان في كونه وجيبة ، لاحتمال ارادة سنة واحدة مبدؤها يوم العقد ، فكأنه يقول هذه السنة . وهو تأويل ابن لبابة واكثر المالكية،اوغير وجيبة لاحتمال ارادة كل سنة وهو تأويل ابي محمد صالح . ومثل سنة : شهراً ، لعدم الفرق بين اللفظين . وجزم المصنف في العبارة السابقة «أو شهراً » بأنه وجيبة يشير لترجيح الاحتمال الاول .

(٤) اي قال ابن عرفة في استئجار الدار مشاهرة انه عقد غير لازم فيما عدا الشهر الاول .

(٥) اي ان القول الثالث هو لابن القاسم ومن وافقه .

(٦) حاصل الكلام ان في الاجارة مشاهرة اقوالاً ثلاثة :

احدها – قول ابن القاسم في المدونة وهو انه لايلزم الكراء في الشهر الاول ، ولا فيما بعده ، وللمكتري أن يخرج متى شاء ، ويلزمه من الكراء بحساب ما سكن . والقول الثاني – يلزم=

كراء الارض لمدة طويلة :

ص (وارضِ مطر عشرا ان لم ينقد)[1]

ش : من المدونة قال ابن القاسم : ولا بأس بكراء ارض المكري عشر سنين ان لم ينقد ، فإن شرط النقد فسد الكراء وان اكتراها سنين ، وقد امكنت للحرث جاز نقد حصة عامه هذا .

حكم كراء الارض غير المتحقق ريها :

ص (وان سنة)[2] .

ش : من المدونة قال مالك : وان اكترى أرض المطر سنة قرب الحرث أو حين توقع الغيث لم يجز النقد حتى تروى وتمكن من الحرث .

حكم كراء الارض المتحقق ريها بالمطر عادة بالنقد :

ص (الا المأمونة كالنيل والمعينة فيجوز)[3]

ش : ابن رشد : عقد الكراء جائز في الارضين كلها من غير تفصيل ، وسواء على مذهب ابن القاسم كانت مأمونة أو غير مأمونة .

وتنقسم في جواز النقد فيها على قسمين : فما كان منها مأموناً كأرض النيل

المتعـاقدين الشيء المحقق الأقل كالشهر الأول ، لا ما بعـده . والقول الثالث ــ يلزم المكتري الشهر إن سكن بعضه، فاذاسكن بعض الشهر لزم كلا من المتعاقدين بقيته وليس لاحدهما خروج قبل ذلك الا برضا صاحبه .

(١) موجز الشرح : انه يجوز كراء ارض مطر للزراعة عشر سنين او اكثر ان لم ينقد الكراء. والادق ان يقول ان لم يشترط النقد ، سواء حصل النقد بالفعل ام لا .

(٢) موجز الشرح : انه ان اشترط النقد فسد وان كانت المدة لسنة من السنين .

(٣) موجز الشرح : أنه يجوز كراء الارض المتحقق ريها عادة بالنقد الاربعين عاماً كبلاد المشرق وارض النيل المتحقق ريها والارض التي تسقى بالعيون والآبار وهي التي عبر عنها المصنف بـ (المعينة) بفتح الميم وكسر العين .

وأرض المطر المأمونة ، وأرض السقي بالانهار والعيون الثابتة بالانهار ،والعيون الثابتة والآبار المعينة بالنقدفيها للاعوام الكثيرة جائز .

وما كان منها غير مأمون فلا يجوز النقد فيه الا بعد أن يروى ويمكن من الحرث ، كانت من أرض النيل ، أو من أرض المطر ، أو السقي بالعيون والآبار . فأما أرض النيل : فيجب النقد فيها اذا رويت[1] ، لانها لاتحتاج إلى السقي فيما يستقبل ، فبالري يكون المكتري قابضاً لما اكترى .

وأما أرض السقي والمطر : فلا يجب على المكتري فيها دفع الكراء حتى يتم الزرع ويستغنى عن الماء .

كراء الارض بشرط التعيين أو تساوي اجزائها في الجودة ونحوها :

ص (وقدر من أرضك ان عين أو تساوت)[2]

ش : من المدونة : من اكترى مائة ذراع من أرض معينة جاز ان تساوت ، والا لم يجز حتى يعين موضعها .

كراء الارض بالحراثة أو التزبيل :

ص (وعلى ان يحرثها ثلاثا ، أو يزبلها ان عرف)[3].

---

(١) أي رويت بالفعل أي يقضى لصاحبها بالكراء على المكتري لانه صار متمكنا مما اكتراه .

(٢) موجز تحليل العبارة : انه يجوز كراء قدر كأذرع او فدادين من أرض تسقى بالعيون والآبار ان عين القدر اي جهته التي يؤخذ منها او تساوت الارض في الجودة والرداءة بالنسبة لأرض الزراعة ، أو في الامن والخوف بالنسبة لارض البناء .

(٣) ملخص التحليل : ان المكتري يجوز له كراء ارض على ان يحرثها ثلاث مرات مثلًا ويزرعها في الحرثة الرابعة . والكلام هنا في الارض المأمونة الري اذ غيرها يفسد فيها الكراء باشتراط ذلك ، أو على ان يزبلها ان عرف نوع الزبل كزبل الحمام او الغنم او الرماد او السباخ ، وعرف قدر الزبل بحسب نوع الارض ، فان لم يعرف فسد الكراء ،والاجرة في هاتين الحالتين=

ش : ابن عرفة : شرط منفعة في الارض كشرط نقد بعض كرائها . من المدونة : من اكترى أرضا على أن يحركها[1] ثلاث مرات ويزرعها في التحريك الرابع جاز ذلك ، وكذلك على أن يزبلها إن كان الذي يزبلها به شيئاً معروفاً.

ابن يونس : يريد اذا كانت مأمونة لان زيادة الحراثات والتزبيل منفعة تبقى في الارض ، وان لم يتم زرعها ، فيصير كالنقد اشترطه في غير المأمونة .

كراء الارض سنين :

ص (وأرض سنين)[2] .

ش : تقدم نص ابن رشد أن عقد الكراء في الارضين للسنين الكثيرة جائز ، مأمونة كانت أو غير مأمونة .

تجديد الكراء في الارض المغروسة :

ص (الذي شجر بها سنين مستقبلة)[3] .

حالة كون الغرس للغير :

ص : (وإن لغيرك)[4] .

= اما الحرائة أو التزبيل او معها نقود ، لانه ذكر منفعة تبقى في الارض.والتزبيل : قيل بتشديد الياء وصوابه تخفيفها من زبل باب ضرب يضرب .

(١) أي يحرثها.

(٢) يعني : وجاز كراء ارض مكتراة سنين أي انها كانت مؤجرة لمدة سنين في الماضي .

(٣) اي يجوز الآن كراء الارض التي كانت مكتراة وذلك لمدة مستقبلة تلي المـــدة الاولى اذا كان الشجر للمكتري .

(٤) اي ان الكراء المذكور في الحاشية السابقـــة يجوز وان كان الشجر لغير المكتري الجديد بأن اكترى انسان أرضاً مدة من السنين ، ثم اكراها لغيره فغرس فيها شجراً ، ثم بعـــد انقضاء المدة وفيها شجره أراد المكتري أن يكتريها من صاحبها سنين مستقبلة فيجوز ،وللمكتري أن يأمر الغارس بقلع شجره أو أن يدفع له قيمته منقوضاً أو يرضيه بوجه من الوجوه .

ش : اللخمي : ويجوز لرب الارض ان يكريها من غير المكتري الاول . ويقال : للمكتري : أرض المكتري الآخر ، أو اقلع شجرك . ومن ابن يونس قال ابن القاسم : ولو اكتريتها ثم اكريتها من غيرك ، فغرسها ، ثم انقضت مدة الكراء ، وفيها غرسه ، فلك أن تكتريها من ربها سنين مستقبلة ، فان ارضاك الغارس والا قلع غرسه .

ابن يونس : وانما جاز كراؤها عند ابن القاسم ؛ لان لرب الارض ان يجبر الغارس على قلع غرسه بعد تمام كرائه ، فكأن المكتري انما دخل على ان يقلع عنه الغارس غرسه ، لانه ملك من الارض ماكان ربها يملكه ، ولا يستطيع الغارس مخالفته ، فقد دخل على أمر معروف .

تجديد الكراء في الارض المزروعة :

ص (لا زرع)[1]

ش . اللخمي : ان انقضت المدة وفي الارض زرع لم يكن للمكتري الاول ولا لغيره ان يكتري الا ما بعد هذا الزرع ، بخلاف الغرس . وثالث الاقوال في الزرع قول ابن القاسم : يغرم فيه كراء المثل . قال ابن القاسم : ولو كان موضع الشجر زرع اخضر لم يكن لرب الارض ان يكريها ما دام زرع هذا فيها ، لأن الزرع اذا انقضت الاجارة لم يكن لرب الارض قلعه ، وانما له كراء ارضه ، وله ان يقلع الشجر ، فافترقا الا أن يكريها منك الى تمام الزرع ، فلا بأس بذلك .

---

(١) أي لايجوز تجديد كراء جديد اذا كان هناك زرع للغير في الارض فلايجوز اكتراؤها في المستقبل لمدة تكون منها المدة التي يحتاج اليها الزرع ، لان الزرع اذا انقضت مدة اجارته لم يكن لرب الارض قلعه بخلاف الشجر .

اضواء على النص

تناول النص المذكور حالات الاجارة مشاهرة أو كل سنة . وقـــد كانت طريقة المواق في الشرح تعتمد على ايراد الاقوال المختلفة لفقهاء المالكية التي تبين المراد من قول المصنف وهي طريقة جديدة للشرح وان كان ينقصها تحليل الالفاظ والتراكيب احياناً ، مما يحوجنا الرجوع الى شروح اخرى ، وفي الجملة فان المقصود من حكم المسألة يمكن فهمه من الأقوال المناسبة لعبارة المصنف ، وقد لاحظنا هذا جلياً ، كما لاحظنا ايضاً تعقيب الشارع على ما ينقله من أقوال .

اما المسائل التي تعرض الشارح لذكرها ، فقد عرفنا منها أن الاجارة مشاهرة عقد غير لازم ، بعكس صور الاجارة لمدة محدودة فانها تكون لازمة باتفاق ما عدا صورة الكراء سنة ، ففيها خلاف على قولين ارجحها لزوم العقد .

واكتراء الأرض لمدة طويلة من الزمان جائز إذا لم يشترط الأجر سلفاً ، والا فسد العقد ، وهذا هو حكم كراء الارض غير المتحقق ريها لمدة سنين ، فأما الارض المتحقق ريها فيجوز كراؤها بأن يعجل الأجر المتفق عليه وذلك لمدة اربعين عاما . ويجوز كراء قدر من الارض بشرط تعيين جهته كالجهة البحرية أو الشرقية ، فان لم تعين الجهة يشترط تساوي اجزاء الارض في الجودة أو الرداءة بالنسبة للأراضي الزراعية ، وفي الأمن والخوف بالنسبة للأراضي التي يبنى فيها .

ويصح كراء الأرض على ان تكون الأجرة هي مجرد الحراثة فقط أو تسميد الأرض فقط أو مع دراهم ؛ لأن ذلك منفعة تبقى في الارض .

وكراء الارض يصح ان يرد على ارض مكتراة مغروسة بأشجار سواء أكان الغراس للمكتري الجديد أم لغيره. هذا بخلاف الزرع فإنه لايجوز تجديد الكراء إذا كان الزرع لغير المكتري الجديد ، لأن الزرع إذا انقضت مدة اجارته والحال انه لم ينضج لم يكن لرب الارض قلعه ، وانما يكريه الى تمام الغرض من الزرع بخلاف الشجر ، فانه اذا انقضت مدة إجارته فلرب الأرض قلعه .

النصوص الفقهية المختارة

بتقديم وتعليق وتحليل

الدكتور وهبة الزحيلي

القسم الثاني

بسم الله الرحمن الرحيم

نصوص من كتاب المبسوط للسرخسي عند الحنفية

نختار بعض النصوص الفقهية من ثلاثة كتب مشهورة في المذهب الحنفي أولها كتاب المبسوط للسرخسي ، ثانيها — كتاب البدائع ، ثالثها — الدر المختار شرح تنوير الابصار للحصكفي .

أما المبسوط : فمؤلفه محمد بن أحمد بن أبي سهل ، أبو بكر ، شمس الائمة قاض من كبار الحنفية ، مجتهد ، من أهل سرخس (في خراسان) أشهر كتبه « المبسوط » في الفقه والتشريع : ثلاثون جزءاً ، أملاه وهو سجين بالجب في أوزجند (بفرغانة) . وكان سبب سجنه كلمة نصح بها الخاقان ، ولما أطلق سراحه سكن فرغانة الى أن توفي سنة ٤٨٣ هـ/١٠٨٩م .

وكتاب المبسوط شرح للكتاب المختصر المسمى **الكافي للحاكم الشهيد** أبي الفضل محمد بن أحمد المروزي رحمه الله الذي جمع فيه مع حذف المكرر كتب ظاهر الرواية الستة للامام محمد بن الحسن الشيباني تلميذ الامام أبي حنيفة رحمهما الله تعالى : هذه الكتب هي : الأصل أو المبسوط ، الجامع الكبير ، الجامع الصغير السير الكبير ، السير الصغير ، الزيادات .

وقد قال السرخسي في مقدمة كتابه المبسوط : « فرأيت الصواب في شرح المختصر ، لا أزيد على المعنى المؤثر في بيان كل مسألة اكتفاء بما هو المعتمد في كل

باب . وقد انضم الى ذلك سؤال بعض الخواص من أصحابي زمن حبسي ،حين ساعدوني لأنسي أن أملي عليهم ذلك ، فأجبتهم اليـه ، وأسأل الله تعـالى التوفيق للصواب ، والعصمة عن الخطأ وما يوجب العقاب ، وأن يجعل ما نويت فيما أمليت سبباً لخلاصي في الدنيا ونجاتي في الآخرة ، انه قريب مجيب » .

وطريقة الشرح أنه جعل مختصر الحاكم الشهيد بين قوسين كلمـــة كلمة أو فقرة فقرة ، ثم شرح ذلك شرحاً بيناً واضحاً مطولا ،فهو من المطولات جداً،وذلك بعبارات سهلة ، لاتكاد تجد فيها تعقيداً في التركيب ولا التبـاسا في القصد بحسب نهج المؤلفين الأوائل ، مع اقامة الأدلة والبراهين على اثبـــات المسائل ودعم المذهب الحنفي بعد مناقشة مذهب الشافعي أو غيره ، ثم الرد على الاشكالات التي يعترض بها على قضية من القضايا ، وسنذكر هنا ـ كما هي طريقتنا ـ النص المختار من كتاب المبسوط مع حل غوامض الألفاظ وذكر عناوين جانبية للموضوعات[1] والمسائل التي ذكرها السرخسي .

• • •

(١) راجع كتاب المبسوط: حـ ٩ ص ٣٦ .

كتاب الحدود

(قال) الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى املاء :

تعريف الحد :

الحد في اللغة : هو المنع ، ومنه سمي البواب حداداً لمنعه الناس من الدخول وسمي اللفظ الجامع المانع حدا[١] لأنه يجمع معاني الشيء ، يمنع دخول غيره فيه ، فسميت العقوبات حدودا ، لكونها مانعة من ارتكاب أسبابها .

وفي الشرع : الحد : اسم لعقوبة مقدرة تجب حقاً لله تعالى . ولهذا لايسمى به التعزير ، لأنه غير مقدر ، ولا يسمى به القصاص ؛ لأنه حق العباد ، وهذا لأن وجوب حق العباد في الأصل بطريق الجبران[٢] .

الحكمة من اقامة الحد :

فأما مايجب حقاً لله تعالى : فالمنع من ارتكاب سببه ، لأن الله تعالى منزه عن أن يلحقه نقصان ليحتاج في حقه الى الجبران وهي أنواع . فهذا الكتاب[٣] لبيان نوعين منها : حد الزنا وحد النسبة الى الزنا ، وسبب كل واحد منها : مايضاف اليه ، لأن الواجبات تضاف الى أسبابها ، والموجب هو الله تعالى ،

---

(١) أي تعريفاً ، والتعريف الكامل هو الحد : وهو الذي يكون بجنس الشيء وفصله الخاص به .
(٢) أي بطريق المماثلة للجناية أو جبر النقص الحادث وتعويضه .
(٣) الكتاب : طائفة من المسائل الفقهية اعتبرت مستقلة شملت أنواعاً أو لم تشمل .

ولكن الأسباب لتيسير المعرفة على العباد ، لا أن تكون الأسباب هي الموجبة[1].

نوعا حد الزنا :

ثم حد الزنا نوعان : رجم في حق المحصن ، وجلد في حق غير المحصن ، وقد كان الحكم في الابتداء الحبس في البيوت ، والتعيير والأذى باللسان ، كما قال الله تعالى : « فأمسكوهن في البيوت » وقال : « فآذوهما » ثم انتسخ ذلك بحديث عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال : « خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا : البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد ورجم بالحجارة» وقد كان هذا قبل نزول سورة النور[2] بدليل قوله : « خذوا عني » ولو كان بعد نزولها لقال : « خذوا عن الله تعالى » ثم انتسخ ذلك بقوله تعالى : « فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » واستقر الحكم على الجلد في حق غير المحصن ، والرجم في حق المحصن .

مشروعية الرجم عند العلماء ماعدا الخوارج :

فأما الجلد فهو متفق عليه بين العلماء . وأما الرجم فهو حد مشروع في حق المحصن ثابت بالسنة إلا على قول الخوارج ، فانهم ينكرون الرجم ، لأنهم لا يقبلون الأخبار إذا لم تكن في حد التواتر .

دليل مشروعية الرجم

والدليل على أن الرجم حد في حق المحصن أن النبي ﷺ رجم ماعزاً بعد ما سأل عن إحصانه ، ورجم الغامدية ، وحديث العسيف حيث قال: « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » دليل على ذلك . وقال عمر رضي الله عنه على

---

(١) هذا بناء على مذهب أهل السنة في الأسباب العادية وهو أنها ليست مؤثرة في مسبباتها وانما هي مجرد علامة على المسبب من غير تأثير له فيه ، فالله قد جعلها سبباً ، ويمكن تخلف السبب أي عدم قابليته في احداث المسبب .

(٢) أي السورة التي نزل فيها آية الجلد وهي « الزانية والزاني فاجلدوا » .

المنبر : « وان مما أنزل في القرآن أن الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما ألبتة . وسيأتي قوم ينكرون ذلك ، ولولا أن الناس يقولون : زاد عمر في كتاب الله لكتبتها على حاشية المصحف » .

الجمع بين الجلد والرجم :

والجمع بين الجلد والرجم في حق المحصن غير مشروع حداً عندنا . وعند أصحاب الظواهر : هما حد المحصن ، لظاهر قوله ﷺ : « والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » ولحديث علي رضي الله عنه فانه جلد شراحة الهمدانية ثم رجمها ، ثم قال : جلدتها بكتاب الله ، ورجمتها بالسنة » .

دليل الحنفية على عدم اجتماع الجلد والرجم :

(وحجتنا) حديث ماعز والغامدية ، قد رجمها رسول الله ﷺ ، ولم يجلدها ، وقال : « فان اعترفت فارجمها » وقد بينا أن المقصود الزجر على ارتكاب السبب ، وأبلغ ما يكون من الزجر بعقوبة (١) تأتي على النفس بأفحش الوجوه ، فلا حاجة معها إلى الجلد ، والاشتغال به اشتغال بما لا يفيد ، وما لا فائدة فيه لا يكون مشروعاً حداً ، وقد بينا أن الجمع بينهما قد انتسخ .

وقيل : تأويل قوله « جلد مائة ورجم بالحجارة » الجلد في حق ثيب هو غير محصن ، والرجم في حق ثيب هو محصن . وحديث علي رضي الله عنه تأويله : أنه جلدها لأنه لم يعرف احصانها ، ثم علم احصانها فرجمها ، وهو القياس عندنا على ما بيناه في « الجامع » (٢) .

تحليل النص

عرف السرخسي الحد لغة وشرعاً ، وبين الحكمة من تسمية العقوبات المقدرة في الشرع حدوداً وهو أنها طريق لمنع الجرائم وزجر الناس عنها ، وبما أن هذه

(١) وأبلغ بعقوبة : صيغة تعجب أي أعظم بعقوبة .

(٢) المراد بذلك فيما يظهر كتاب الجامع الصغير ، لأنه اذا اطلق لفظ الجامع ينصرف اليه .

العقوبات مقدرة ، فلا ينطبق وصف الحد بهذا المفهوم الضيق على التعزير والقصاص.

وقد تدرج التشريع الاسلامي في تحديد عقوبة الزنا وبيانها ، فكان العقاب أولا هو حبس المرأة في البيت ، وايذاء الرجل وتعييره بالقول . ثم نسخ ذلك بآية الجلد بالنسبة للزاني غير المحصن ، وأما عقاب الزاني المحصن فهو الرجم بدليل الاحاديث والآثار التي اخبرتنا عن تطبيق هذا العقاب ، هذا بالاضافة إلى آية الرجم المنسوخة تلاوة لا حكماً .

ولا يجمع بين الجلد والتغريب عند الحنفية ، كما لا يجمع بين الجلد والرجم بدليل الوقائع التي اثبتت الرجم ، فانه لم ينقل فيها شيء عن الجلد .

باب من لا تجوز شهادته[1]

القاعدة العامة في رد الشهادة : (قال الشيخ الامام رحمه الله(٢) : الأصل أن الشهادة ترد بالتهمة لقوله ﷺ : لا شهادة لمتهم ، ولأنه خبر محتمل للصدق والكذب ، فانما يكون حجة إذا ترجح جانب الصدق فيه ، وعند ظهور سبب التهمة لا يترجح جانب الصدق .

أسباب التهمة : ثم التهمة تارة تكون لمعنى في الشاهد ، وهو الفسق ، لأنه لما لم يتدمر عن ارتكاب محظور دينه ، مع اعتقاد حرمته ، متهم بأنه لا ينزجر عن شهادة الزور ، وقد بينا أن العدالة شرط للعمل بالشهادة ، العدالة : هي الاستقامة ، وذلك بالاسلام واعتدال العقل ، ولكن يعارضها هوى يضله ، أو يصده ، وليس لهذه الاستقامة حد يوقف على معرفته ، لأنه بمشيئة الله تعالى تتفاوت أحوال الناس فيها ، فجعل الحد في ذلك ما لا يلحق الحرج في الوقوف عليه . وقيل :

---

(١) راجع المبسوط : ج ١٦ ص ١٢٠ وما بعدها .
(٢) المقصود هو الامام السرخسي صاحب المبسوط : يذكر هذا تلاميذه عنه .

كل من ارتكب كبيرة يستوجب بها عقوبة مقدرة ، فهو لا يكون عدلا في شهادته ، ففي غير الكبائر : اذا أصر على ارتكاب شيء مما هو حرام في دينه ، يخرج من أن يكون عدلا ، وان ابتلي بشيء من غير الكبائر ، ولم يظهر منه الاصرار على ذلك فهو عدل في الشهادة ، لأنه اذا أصر على ذلك ، فقد أظهر رجحان الهوى والشهوة على ماهو المانع : وهو عقله ودينه .

وقد تكون التهمة لمعنى في المشهود له : وهو وصلة خاصة بينه وبين الشاهد يدل على ايثاره على المشهود عليه ، وذلك يعرف بالعادة ، فقد ظهر من عادة الناس — العدول منهم وغير العدول — الميل الى الاقارب وأبنائهم على الأجانب ، فتتمكن تهمة الكذب بهذا الطريق في الشهادة .

وقد يكون ذلك في الشاهد لا يقدح في عدالته وولايته : وهو العمى فليس للأعمى آلة التمييز بين الناس حقيقة ، وذلك تمكن تهمة الغلط في الشهاده ، وتهمة الغلط وتهمة الكذب سواء .

وقد تكون تهمة الكذب مع قيام العدالة بدليل شرعي ، وهو في حق المحدود في القذف بعد التوبة ، فقد جعل الله تعالى عجزه عن الاتيان بأربعة من الشهداء دليل كذبه بقوله عز وجل : « فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون » .

الذين ترد شهادتهم :

اذا عرفنا هذا ، فنقول : ذكر عن شريح رحمه الله قال : لا تجوز شهادة الوالد لولده ، والولد لوالده ، ولا المرأة لزوجها ، ولا الزوج للمرأة ، ولا العبد لسيده ، وبذلك نأخذ .

رأى الامام مالك في شهادة الوالد لولده وبالعكس :

ويخالفنا في الولد والوالد مالك رحمه الله ، فهو يجوز شهادة كل واحد منهما لصاحبه ، بالقياس على شهادة كل واحد منهما على صاحبه ، وهذا لأن دليل رجحان الصدق في خبره انزجاره عما يعتقد حرمته . ولا فرق في هذا بين الأجانب

والاقارب ، وحرمة شهادة الزور بسبب الدين يتناول الموضعين ، ولهـــذا قبلت شهادة الأخ لأخيه ، فكذلك شهادة الوالد لولده ، ولا معتبر بالميل اليه طبعاً ، بعد ما قام دليل الزجر شرعـــاً :

الرد على الامام مالك :

ولكنا نستدل بحديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة ، ولا ذي غمرة على أخيه المسلم ، ولا شهادة الولد لوالده ، ولا شهادة الوالد لولده » وكذلك رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، زاد فيه : « ولا شهادة المرأة لزوجها ، ولا شهادة الزوج لامرأته » وفي الحديثين ذكر « ولا مجلود حد » يعني في القذف . وروي أن الحسن شهـــد لعلي رضي الله عنهما مع قنبر عند شريـح رحمـــه الله بدرع له ، قـــال شريـح رحمـــه الله : ائت بشاهد آخر ، فقـال علي رضي الله عنه : مكان الحسن ، أو مكان قنبر ؟ قال : لا ، بل مـكان الحسن رضي الله عنه ، قال علي رضي الله عنه : أما سمعت رسول الله ﷺ يقول للحسن والحسين : هما سيدا شباب أهل الجنة ، فقال : قـد سمعت ، ولكن ائت بشاهد آخر ، فعزله عن القضاء ، ثم أعاده عليه ، وزاد في رزقه ، فدل أنه كان ظاهراً فيما فيما بينهم أن شهادة الولد لوالده لا تقبل ، الا أنه وقـع لعلي رضي الله عنـه في في الابتداء أن للحسن رضي الله عنه خصوصية في ذلك لما خصه بـه رسول الله ﷺ من السيادة ، ووقع عند شريـح رحمه الله أن السبب المانع وهو الولاد قائم في حقه ، ولا طريق لمعرفة الصدق والكذب حقيقة في حق من هو غير معصوم عن الكذب ، فيبنى الحكم على السبب الظاهر ، وهو كما وقع عند شريـح رحمـه الله ، واليه رجع علي رضي الله عنه . والمعنى فيه تمكن تهمـة الكذب ، فإن العدالة تدل على رجحان جانب الصدق عند استواء الخصمين في حقـه ، ولا تدل على ذلك عند عدم الاستواء .

(ألا ترى) أن في شهادة المرء لنفسه ، أو فيما له فيه منفعـــة ، لا يظهر

رجحان جانب الصدق باعتبار العدالة ، لظهور ما يمنع من ذلك بطريق العادة ، فكذلك في حق الآباء والأولاد ، اما لشبهة البعضية بينهما ، أو لمنفعة الشاهد في المشهود به ، والمنافع بين الآباء والاولاد متصل ، قال الله تعالى : « آباؤكم وأبناؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعاً » بخلاف الاخوة وسائر القرابات ،فدليل العادة هناك مشترك متعارض ، فقد تكون القرابة سبباً للتحاسد والعداوة ، وأول ما يقع من ذلك انما يقع بين الاخوة ، بيانه في قوله تعالى : «قال : لأقتلنك » وبيان ذلك في حال يوسف عليه السلام واخوته ، فمكان التعارض يظهر رجحان جانب الصدق في الشهادة له ، بظهور عدالته ، ومثل هذه المعارضة لاتوجد في الآباء والأولاد ، ولا يشكل هذا على من نظر في أحوال الناس عن انصاف .

رأي الامام الشافعي في شهادة أحد الزوجين لصاحبه :

فأما في شهادة أحد الزوجين لصاحبه ، يخالفنا الشافعي رحمه الله ، فيقول : تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه ، لانه ليس بينهما بعضية ، والزوجية قد تكون سبباً للتنافر والعداوة ، وقد تكون سبباً للميل والايثار ، فهي نظير الأخوة أو دون الاخوة ، فانها تحتمل القطع ، والاخوة لا تحتمل ، ودليل هذا الوصف جريان القصاص بينهما في الطرفين في النفس ، وأن كل واحد منهما لا يعتق على صاحبه إذا ملكه ، ولأن هذه وصلة بينهما باعتبار عقد لا يؤثر في المنع من قبول الشهادة ، كالصداق ، وهذا لأن عقد النكاح يثبت أحكاماً مشتركة بينهما، ففيما وراء ذلك ينزل كل واحد منهما من صاحبه منزلة الأجنبي كشريكي العنان .

الرد على الشافعي :

وحجتنا في ذلك أن ما بينهما من وصلة الزوجية تمكن تهمة في شهادة كل واحد منهما لصاحبه . وبيان ذلك من وجوه . .

أضواء على النص

قرر الامام السرخسي رحمه الله أن التهمة هي الأساس لرد الشهادة لاشتمالها غالباً على شبهة التحيز في الشهادة مما يؤثر في مبدأ القضاء وهو احقاق الحق والحكم بالعدل .

ثم عدد أسباب التهمة بأسلوب مبسط وابداع في العرض ، فبين أن التهمة قد تكون بسبب الفسق المقابلة للعدالة (أي الاستقامة) وقد تكون لمعنى في المشهود له وهو وجود علاقة خاصة بين الشاهد والمشهود له وهي القرابة ، وقد تكون بسبب آفة طبيعية في الشاهد وهى العمى ، فلا تقبل شهادة الأعمى ، لأن أداء الشهادة يتطلب التمييز بين المشهود له والمشهود عليه ، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة ، والنغمات تتشابه بين الناس ، فيختلط الأمر عليه .

وقد تكون التهمة مفترضاً وجودها شرعاً ، وذلك عند عجز القاذف عن اثبات صحة اتهامه لغيره بالزنا بأربعة شهود ، وكذلك بعد اقامة الحد على القاذف اذا تاب ، لا تقبل شهادته بالرغم من وجود العدالة للنص الخاص بعدم القبول على التأبيد وهو قوله تعالى : (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم الفاسقون) .

ثم عدد السرخسي أصناف المتهمين الذين لاتقبل شهادتهم وقارن بين ما يراه الامام مالك والامام الشافعي في بعض هؤلاء ورد على اجتهادهما بما يراه حقاً من من وجهة نظره .

فنقل عن الامام مالك أنه يجيز شهادة الأصل لفرعه وبالعكس ، غير أنه بالرجوع الى كتب المالكية (١) نرى أنهم لا يجيزون شهادة الوالد لولده والولد لوالده ، لوجود القرابة القريبة التي تحمل غالباً على الميل للمشهود له ، وقد اعتبر ابن رشد

---

(١) راجع الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ١٦٨ ، القوانين الفقهية لابن جزي : ص ٣٠٨ ، بداية المجتهد : ٢ص ٤٥٢ .

المالكي أن رد شهادة الأب لابنه ، والابن لابيه ، وكذلك الأم لابنها وابنها لها ، مما اتفق عليه الفقهاء .

وأما ما نقله السرخسي عن الامام الشافعي من قبوله شهادة أحد الزوجين للآخر ، فهو صحيح معمول به لدى الشافعية ، لأن الرابطة القائمة بين الزوجين هى عقد يطرأ ويزول ، فلا يمنع قبول الشهادة ، كما لو شهد الأجير للمستأجر وعكسه ، ولأن الزواج سبب لا يعتق به أحد الزوجين اذا ملكه الآخر ، فهو بخلاف حال القرابة الرحمية ، مما يترتب على ذلك أنه لا يمنع قبول شهادة أحد الزوجين للآخر كقرابة ابن العم ، لكن يستثني الشافعية **شهادة الزوج على زوجته بالزنا ،** فإنها لا تقبل ، لأنه يدعي خيانتها فراشه ، فهو خصم لها فيما يشهد به ، فلا تقبل شهادته عليها، كما لو شهد عليها أنها جنت عليه .

ثم رد السرخسي على هذا الرأي بأن رابطة الزوجية حال قيامها توجد تهمة في قبول شهادة أحد الزوجين للآخر ، ولأن ما ينتفع به أحد الزوجين يفيد الآخر فيصير الشاهد شاهداً لنفسه من وجه من الوجوه .

• • •

نصوص من كتاب البدائع للكاساني عند الحنفية

كتاب « **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** » سمي بذلك ليتطابق مع تعريف الكاساني للفقه بأنه « علم الحلال والحرام وعلم الشرائع والاحكام » . وهو مكون من سبعة مجلدات ، ومؤلفه علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ، والملقب بسلطان العلماء أو ملك العلماء . والحق يقال : ان الكاساني جدير بهذا اللقب ، فكتاب البدائع من أجود كتب الحنفية ان لم يكن أجلها وأحسنها لما يمتاز به من سهولة العبارة ودقة التعبير وجودة الترتيب والتصنيف الذي يشبه ترتيب المؤلفين الجدد في معالجة وعرض الموضوعات والمسائل الفقهية ، مع ايراد ادلة الاحكام الشرعية باسهاب واستقصاء من الناحيتين النقلية والعقلية ، مع الاشارة في كثير من الاحيان لمذهب الشافعي او غيره مع بسط دليله ومناقشة رأيه ، ثم ترجيح مذهب الحنفية بحسب ما يرى وينعقد .

ومن المعلوم أن « البدائع » شرح لكتاب « تحفة الفقهاء » للشيخ الامام علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي استاذ الكاساني . غير أن هذا الشرح لم يكن بحسب منهاج اغلبية الشواح الذين يلتزمون الاصل ، فيضعونه بين قوسين مثلاً ، ثم يشرحونه عبارة عبارة أو كلمة كلمة ، مكملين بذلك كلام الاصل ، بل إن الكاساني لم يلتزم ترتيب التحفة لا في سرد الابواب الفقهية ولا في عرض المسائل التفصيلية ، وانما ينفرد بذكر الموضوع أو الباب الفقهي بترتيب خاص به ، ثم يتكلم عن مختلف نواحيه دون أن يترك الفاظ التحفة ولكن بترتيب

آخر ، يضطر فيه الباحث الى قراءة البحث جميعه حتى يجد ضالته المنشودة لحل عبارة مذكورة في كتاب التحفة . وقد كان هذا الشرح مهراً لزواج الكاساني بابنة صاحب التحفة فكان يقال : « شرح تحفته وتزوج ابنته » .

وقد اعتمد الكاساني في الشرح على مبسوط السرخسي كاعتماده على تحفة السمرقندي ولكن الملاحظ أن شخصية الكاساني في الترجيح وتحرير المذهب ليست كشخصية الكمال بن الهمام في شرحه : « فتح القدير للعاجز الفقير » مما يحوج القارىء الى الرجوع الى فتح القدير لمعرفة الرأي المعتمد في المذهب أو المفتى به عند علماء الحنفية . وها نحن نذكر هنا بعض النصوص المختارة من كتاب « البدائع » ليظهر لنا مدى تطور التأليف والفرق بين طريقة المتقدمين ومن يتبعهم الى أن ينتهي بنا المطاف الى معرفة طريقة المتأخرين في التأليف ، وقد اخترنا نموذجاً لهذا كتاب **«الدر المختار»** الذي سنتكلم عنه بعد البدائع ان شاء الله .

* * *

كتاب الهبة[1]

مقدمة :

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في ثلاثة مواضع : في بيان ركن الهبة، وفي بيان شرائط الركن ، وفي بيان حكم الهبة .

ركن الهبة :

اما ركن الهبة : فهو الايجاب من الواهب ، فأما القبول من الموهوب له ، فليس بركن استحساناً ، والقياس أن يكون ركناً ، وهو قول زفر ، وفي قول قال : القبض أيضاً ركن .

وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف : لايهب هذا الشيء لفلان ، فوهبه منه ، فلم يقبل : انه يحنث استحساناً ، وعند زفر : لا يحنث مالم يقبل . وفي قول : مالم يقبل ويقبض .

واجمعوا (١) على انه اذا حلف لا يبيع هـذا الشيء لفلان ، فباعه ، فلم يقبل أنه لا يحنث .

وعلى هذا الخلاف : اذا قال رجل لآخر : وهبت هـذا الشيء منك ، فلم يقبل ، فقال المقر له : لا ، بل قبلت ، فالقول قول المقر عندنا ، وعنده (٢) : القول قول المقر له .

---

(١) راجع البدائع : حـ٦ ص ١١٥ ومابعدها .
(٢) أي اتفق علماء الحنفية ومنهم زفر ، فهو اتفاق مذهبي لا اجمـاع بالمعنى الاصولي وهو اتفاق جميع المجتهدين .
(٣) أي عند زفر .

واجمعوا على انه لو قال : بعت هذا الشيء منك ، فلم تقبل ، فقال المقر له : لا ، بل قبلت : ان القول قول المقر له .

وجه القياس على ان الهبة تحتاج الى ايجاب وقبول :

وجه القياس : ان الهبة تصرف شرعي ، والتصرف الشرعي وجوده شرعاً باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم (١) والحكم لا يثبت بنفس الايجاب ، فلا يكون نفس الايجاب هبة شرعاً ، لهذا امكن الايجاب بدون القبول تبعاً ، كذا هذا (٢) .

وجه الاستحسان على ان الهبة تنعقد بالايجاب فقط :

وجه الاستحسان : ان الهبة في اللغة عبارة عن مجرد ايجاب المالك من غير شريطة القبول ، وانما القبول والقبض لثبوت حكمها ، لا لوجودها في نفسها ، فاذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الاحكام .

التعليل النقلي على ان الهبة لا تحتاج الى قبول :

والدليل على أن وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة » أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة ، وروي أن الصعب بن جثامة أهدى إلى النبي ﷺ حمار وحشي ، وهو بالابواء - وفي رواية : بودان — فرده النبي عليه الصلاة والسلام ، وقال : « لولا أنا حرام والا لقبلنا » فقد أطلق الراوي اسم الاهداء بدون القبول ، والاهداء من

---

(١) أي ان التصرف الشرعي يوجد بوجود أثره ومقتضاه وهو نقل الملكية فالمراد بالحكم الاثر المترتب على العقد .

(٢) تفسير هذا الكلام هو : أنه باعتبار ان الحاصل وهو الايجاب وحده بدون أن يتبعه القبول لا يترتب عليه وجود التصرف شرعاً . فكذا عقد الهبة لا يوجد بمجرد الايجاب . فمعنى قوله : لهذا امكن اي لانه حصل .

ألفاظ الهبة . وروي أن سيدنا أبا بكر الصديق رضي الله عنه دعا سيدتنا عائشة رضي الله عنها في مرض موته ، فقال لها : « اني كنت نحلتك جداد عشرين وسقاً من مالي بالعالية (١) ، وانك لم تكوني قبضتيه ولا حرزتيه ، وانما هو اليوم مال الوارث » أطلق الصديق رضي الله عنه اسم النحلى بدون القبض ، والنحلى من ألفاظ الهبة ، فثبت أن الهبة في اللغة عبارة عن نفس ايجاب الملك ، والأصل أن معنى التصرف الشرعي : هو ما دل عليه اللفظ لغة ، بخلاف البيع ، فانه اسم الايجاب مع القبول ، فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر ، فما لم يوجدا لا يتسم التصرف بسمة البيع . ولأن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء باظهار الجود والسخاء ، وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع ، وكذا الغرض من الحلف : هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه ، وذلك هو الايجاب ، لأنه فعل الواهب ، فيقدر على منع نفسه عنه .

(فأما) القبول والقبض : ففعل الموهوب ، فلا يكون مقدور الواهب والملك محكوم شرعي ثبت جبراً من الله تعالى ، شاء العبد أو أبى (٢) ، فلا يتصور منع النفس عنه أيضاً ، بخلاف البيع ، فانه وان منع نفسه عن فعله ، وهو الايجاب إلا أن الايجاب هناك لا يصير تبعاً بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعاً .

---

(١) أي اعطاها مالا يحصل من ثمرته عشرون وسقاً . والعالية : مكان . وهذا الاثر يدل على ان الهبة انما تملك بالقبض ، وقد نقل ابن بطال اتفاق العلماء على ان القبض في الهبة هو غاية القبول. قال الحافظ ابن حجر : وغفل عن مذهب الشافعي فان الشافعية يشترطون القبول في الهبة دون الهدية .

(٢) المراد بهذا ان العلماء يقررون ان العقود أسباب جعلية من الشارع أي انها اسباب للآثار المترتبة عليها بجعل الشارع لا بنفسها ، فالرابطة بين السبب والمسبب ليست رابطة طبيعية عقلية .

ألفاظ الايجاب :

فالايجاب : هو أن يقول الواهب : وهبت هذا الشيء لك ، أو ملكته منك ، أو جعلته لك ، أو هو لك ، أو نحلته ، أو أهديته اليك ، أو اطعمتك هذا الطعام ، أو حملتك على هذه الدابة ، ونوى به الهبة .

دلالة ألفاظ الايجاب على التمليك :

(أما) قوله : « وهبت لك » فصريح في الباب (١) . وقوله « ملكتك » يجري مجرى الصريح أيضاً ، لأن تمليك العين للحال من غير عوض هو تفسير الهبة . وكذا قوله « جعلت هذا الشيء لك » وقوله : « هو لك » لأن اللام المضاف الى من هو أهل للملك للتمليك ، فكان تمليك العين في الحال من غير عوض ، وهو معنى الهبة . وكذلك قوله « أعطيتك » لأن العطية المضافة الى العين في عرف الناس هو تمليكها للحال من غير عوض ، وهذا معنى الهبة . وكذا يستعمل الاعطاء استعمال الهبة يقال : أعطاك الله كذا ، ووهبك : بمعنى . والنحلة : هي العطية ، يقال : فلان نحل ولده نحلى أي أعطاه عطية ، والهبة بمعنى العطية .

وقوله « أطعمتك هذا الطعام » في معنى « أعطيتك » . وقوله : « حملتك على هذه الدابة » فانه يحتمل الهبة ، ويحتمل العارية ، فانه روي أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه حمل رجلاً على دابة ، ثم رآها تباع في السوق ، فأراد أن يشتريها ، فسأل رسول الله ﷺ عن ذلك ، فقال ﷺ : « لا ترجع في صدقتك » فاحتمل تمليك العين ، واحتمل تمليك المنافع ، فلا بد من النية للتعيين .

صيغة منحتك هذا الشيء :

ولو قال : « منحتك هذا الشيء » أو قال : « هذا الشيء لك منحة » فهذا لا يخلو إما أن يكون ذلك الشيء مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك . واما

---

(١) المقصود بذلك هو باب الهبة أي أن « وهبت » صريح في موضوع الهبة والتمليك .

أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه .

ما ينتفع به من غير استهلاك :

فان كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك كالدار والثوب والدابة والارض بأن قال : هذه الدار لك منحة ، أو هذا الثوب أو هذه الدابة أو هذه الأرض فهو عارية ، لأن المنحة في الأصل عبارة عن هبة المنفعة ، أو ماله حكم المنفعة ، وقد أضيف الى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى واللبس والركوب والزراعة ؛ لأن منفعة الأرض زراعتها ، فكان هذا تمليك المنفعة من غير عوض ، وهو تفسير الاعارة .

وكذا إذا قال في أرض بيضاء (١) : « هذه الأرض لك طعمة » كان عارية لأن عين الارض مما لا يطعم ، وانما يطعم ما يخرج منها ، فكان طعمة الأرض زراعتها ، فكان ذلك حينئذ اعارة ، ولصاحبها أن يأخذها اذا لم يكن فيها زرع . وان كان فيها زرع :فالقياس أن يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس .

وفي الاستحسان : يترك الى وقت الحصاد بأجر المثل . وسنذكر وجهها في كتاب العارية .

ولو منحه شاة حلوبا أو ناقة حلوبا أو بقرة حلوبا ، وقال : هذه الشاة لك منحة ، أو هذه الناقة أو هذه البقرة كان عارية ، وجاز له الانتفاع بلبنها ، لأن اللبن وان كان عيناً (حقيقة) فهو معدود من المنافع عرفاً وعادة ، فأعطي له حكم المنفعة ، كأنه أباح له شرب اللبن ، فيجوز له الانتفاع بلبنها .

وكذا لو منحه جدياً أو عناقاً ، كان له عارية ، لأن الجدي بعرض (٢) أن يصير فحلا ، والعناق حلوبا .

---

(١) أي لا نبات فيها ولا ثمر .

(٢) أي بطريقه الى ان يكبر ،والجدي : بفتح الجيم وسكون الدال : ولد المعز في السنة الأولى، والعناق بفتح العين واللام : الانثى من أولاد المعز قبل استكمالها السنة .

وان عنى بالمنحة الهبة في هذه المواضع فهو على ما عنى ، لأنه نوى ما يحتمله لفظه ، وفيه تشديد على نفسه .

ما لا ينتفع به الا بالاستهلاك :

وان كان مما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك كالمأكول والمشروب والدراهم والدنانير بأن قال : هذا الطعام لك منحة أو هذا اللبن أو هذه الدراهم والدنانير كان هبة ، لأن المنحة المضافة الى مالا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك لايمكن حملها على هبة المنفعة ، فيحصل على هبة العين : وهي تمليكها ، وتمليك العين للحال من غير عوض هو معنى الهبة . هذا اذا كان الايجاب مطلقاً عن القرينة .

الايجاب المقرون بقرينة :

فأما إذا كان مقروناً بقرينة ، فالقرينة لا تخلو اما ان كان وقتاً ، واما ان كان شرطاً واما ان كان منفعة .

آ ـ القرينة وقتية .

فان كان وقتاً بأن قال : أعمرتك هذه الدار ، أو صرح فقال : جعلت هذه الدار لك عمرى ، أو قال : جعلتها لك عمرك ، أو قال : هي لك عمرك ، أو حياتك ، فاذا مت أنت فهي رد علي ، أو قال : جعلتها لك عمري أو حياتي ، فاذا مت أنا فهي رد على ورثتي ، فهذا كله هبة ، وهي للمعمر له في في حياته ، ولورثته بعد وفاته ، والتوقيت باطل . والأصل فيه ما روي عن رسول ﷺ أنه قال : « امسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها ، فان من أعمر شيئاً ، فانه لمن أعمره ، وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال : « أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه ، فانها للذي يعطاها ، لا يرجع الى الذي أعطاها ؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث » . وعن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « من أعمر عمرى حياته فهي له ولعقبه يرثها من يرثه بعده » فدلت هذه النصوص على جواز الهبة ، وبطلان التوقيت ؛ لأن قوله : « جعلت هذه الدار لك » أو « هي لك »

تمليك العين للحال مطلقاً ، ثم قوله « عمرى » توقيت التمليك ، وإنـــه تغيير لمقتضى العقد ، وكذا تمليك الاعيان لا يحتمل التوقيت نصاً كالبيع ، فكان التوقيت تصرفاً مخالفاً لمقتضى العقد والشرع ، فبطل وبقي العقد صحيحاً .

ب - **القرينة شرطية :**

وان كانت القرينة شرطاً نظر الى الشرط المقرون ، فان كان مما يمنع وقوع التصرف تمليكاً للحال يمنع صحة الهبة ، والا فيبطل الشرط ، وتصح الهبة . وعلى هذا يخرج ما اذا قال : أرقبتك هذه الدار ، أو صرح فقال : جعلت هذه الدار لك رقبى . أو قال : هذه الدار لك رقبى ، ودفعها اليه ، فهي عارية في يده، له أن يأخذها منه متى شاء . وهذا قول أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف : هذا هبة ، وقوله : « رقبى » باطـــل ، احتج بما روي « ان رسول الله ﷺ أجاز العمرى والرقبى » ولأن قوله : « داري لك » تمليك العين ، لا تمليك المنفعة . ولما قال : « رقبى » فقد علقه بالشرط ، وانه لا يحتمل التعليق ، فبطل الشرط ، وبقي العقد صحيحاً . ولهذا لو قال : «داري لك عمرى» إنه تصح الهبة ويبطل شرط المعمر ، كذا هذا .

واحتجا [1] بما روى الشعبي عن شريح أن رسول الله ﷺ « أجاز العمرى وأبطل الرقبى » ومثلها لا يكذب . ولأن قوله « داري لك رقبى » تعليق التمليك بالخطر ، لأن معنى الرقبى أنه يقول : ان مت أنا قبلك فهي لك ، وان مت أنت قبلي فهى لي ، سمى الرقبى : من الرقوب والارتقاب والترقب : وهـو الانتظار ، لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته ، وذلك غير معلوم ، فكانت الرقبى تعليق التمليك بأمر له خطر الوجود والعدم ، والتمليكات : مما لا تحتمل التعليق بالخطر ، فلم تصح هبة ، وصحت عارية ، لأنه دفع اليه ، وأطلق له الانتفاع به ، وهذا معنى العارية .

---

(١) أي احتج الطرفان وهما ابو حنيفة ومحمد .

وهذا بخلاف العمرى ، لأن هناك وقع التصرف تمليكاً للحال فهو بقوله « عمرى » وقت التمليك ، مع أنه لايحتمل التوقيت ، فبطل ، وبقي العقد على الصحة ، ولا حجة له[1] في الحديث ، لأن الرقبى تحتمل أن تكون من المراقبة وهي الانتظار، ويحتمل أن تكون من الارقاب وهو هبة الرقبة . فان أريد بها الأول كان حجة له ، وأن أريد بها الثاني لايكون حجة ، لأن ذلك جائز ، فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحمل على الثاني توفيقاً بين الحديثين صيانة لكلام من يستحيل التناقض عنه .

وبهذا تبين أن لا اختلاف بينهم في الحقيقة إن كان الرقبى والارقاب مستعملان في اللغة في هبة الرقبة . وينبغي أن ينوي ، فان كان عنى به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف ، وإن عنى به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف .

الهبة لاثنين لأطولهما حياة :

ولو قال لرجلين : « داري لأطولكما حياة » فهو باطل ، لأنه لايدري أيهما أطول حياة ، فكان هذا تعليق التمليك بالخطر ، فبطل .

داري لك حبيس :

ولو قال : داري لك حبيس ، فهذا عارية عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف : هو هبة ، وقوله : « حبيس » باطل بمنزلة الرقبى .

(وجه) قوله : أن قوله : « داري لك » تمليك ، وقوله « حبيس » نفي الملك ، فلم يصح النفي ، وبقي التمليك على حاله .

(وجه) قولهما : أن قوله : « حبيس » خرج تفسيراً لقوله : « لك » فصار كأنه ابتدأ بالحبيس ، فقال « داري حبيس لك » ، ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع ، كذا هذا ، ولو قال : داري رقبى لك، كان عارية اجماعاً ، ذكره القاضي في شرحه « مختصر الطحاوي » .

---

(١) أي لأبي يوسف .

ج ـ القرينة منفعة :

وان كانت القرينة منفعة : بأن قال : داري لك سكنى أو عمرى سكنى ، أو صدقة سكنى أو هبة سكنى ، أو سكنى هبة ، أو هي لك عمرى عارية ، ودفعها اليه ، فهذا كله عارية ، لأنه لما ذكر السكنى في قوله : « داري لك سكنى » أو « عمرى سكنى » أو « صدقة سكنى » دل على أنه أراد تمليك المنافع ، لأن قوله : « هذا لك » ظاهره وان كان لتمليك العين ، لكنه يحتمل تمليك المنفعة، لأن الاضافة الى المستعير والمستأجر منفعة عرفاً وشرعاً . وقوله « سكنى »موضوع للمنفعة لا تستعمل الا لها ، فكان محكما ، فجعل تفسيراً للمحتمل وبيانا أنه أراد به تمليك المنفعة ، وتمليك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية . وكذا قوله «سكنى» بعد ذكر الهبة يكون تفسيرا للهبة ، لأن قوله « هبـــة » يحتمل هبة العين ، ويحتمل هبة المنافع . فإذا قال : « سكنى » فقد عين هبة المنافع ، فكان بيانا لمراد المتكلم أنه أراد هبه المنـافع ، وهبـة المنفعة : تمليكهـا من غير عوض ، وهو معنى العارية .

وإذا قال : « سكنى هبة » فمعناهـا أن سكنى الدار هبـة لك فكان هبـة للمنفعة ، وهو تفسير العارية .

ولو قال : « هي لك عمرى تسكنها » أو « هبة تسكنهـــا » أو « صدقة تسكنها » ودفعها اليه فهو هبة ، لأنه ما فسر الهبة بالسكنى ، لأنه لم يجعله نعتا، فيكون بيانا المحتمل ، بل وهب الدار منه ، ثم شاوره فـــيما يعمل بملكه ، والمشورة في ملك الغير باطلة ، فتعلقت الهبة بالعين . وقوله : « تسكنهـــا » بمنزلة قوله : « لتسكنها » كما إذا قال : « وهبتها لك لتؤاجرها » .

ولو قال : « هي لك تسكنها » كانت هبة أيضاً ؛ لأن الاضافة بحرف اللام الى من هو أهل الملك للتمليك . وقوله : « تسكنها » مشورة على ما بينا .

أضواء على النص

موضوع النص هو الكلام على ركن الهبة ، وركنه هو الايجاب من الواهب فقط ، وأما القبول فليس بركن استحساناً أي استثناء من القواعد العامة التي تقضي بأن ركن الهبة هو الايجاب والقبول معاً كما هو المقرر في عقد البيع بدليل أن الهبة تصرف شرعي والتصرف الشرعي لا يوجد الا بترتب أثره عليه ، وذلك لا يحصل بالايجاب وحده فلا بد من القبول معه .

وأما دليل الاستحسان فهو أن الهبة في اللغة والعرف توجد بالايجاب فقط ، وأما القبول فهو لترتب الأثر المقصود من الهبة ، ودليل ذلك من السنة أن النبي ﷺ اعتبر الهبة موجودة بدون القبول كما هو واضح من الآثار التي ذكرها الكاساني .

وهذا بخلاف البيع فانه لا يوجد لغة ولا شرعاً الا بالايجاب والقبول ،ثم إن الغرض من الهبة وهو التوصل الى مدح الناس الواهب وثنائهم عليه يحصل بمجرد الايجاب من الواهب ، كما أن الغرض من حلف اليمين وهو منع النفس من مباشرة الشيء المحلوف عليه يحصل بمجرد اليمين . واما اثر الهبة وهو تملك الموهوب فانه يترتب على مجرد الايجاب لان الشرع هو الذي يرتب على العقود آثارها ، ولكن لا يمكن تطبيق هذا على عقد البيع ؛لأن الايجاب والقبول فيه كل منهما تابع للآخر ، ولا يعتبر الايجاب وحده أو القبول وحده بدون أن يتبعه الآخر اذ لا قيمة للايجاب مثلا مالم يلتق مع القبول ، فشرط القبول في البيع لتحقق هذه الرابطة بين الايجاب والقبول .

واللفظ الذي يحصل به الايجاب في الهبة اما صريح أو ما يجري مجرى الصريح فالصريح مثل قول الواهب : وهبت . وما يجري مجرى الصريح مثل : نحلت وأعطيت ، واطعمتك هذا الطعام ، وجعلت هذا الثوب لك ، وأعمرتك هذا الشيء .

وأما قول الواهب : حملتك على هذه الدابة ، فانه تنعقد به الهبة بالنية بأن ينوي بالحملان الهبة .

فلو قال الواهب : منحتك هذا الشيء : فان كان الشيء مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك كالدار والثوب والدابة والارض فالعقد عارية . وكذا يعتبر العقد عارية فيما لو أعطى شخص لغيره أرضاً لا نبات أو لا زرع فيها ، أو اعطاه شاة حلوبا ونحوها ، أو منحه جدياً أو عناقاً ، الا أن ينوي المعطي بهذه المنحة أن تكون هبة .

وان كان الشيء مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالنقود والمأكولات فالعقد هبة .

هذا كله في الايجاب المطلق الخالي عن القرينة ، فان كان مقترناً بقرينة فهي ثلاثة أنواع :

إذا كانت القرينة وقتاً مثل « اعمرتك هذه الدار » فالعقد هبة والتوقيت باطل بدليل الاحاديث المذكورة في النص .

واذا كانت القرينة شرطاً مثل : ارقبتك هذه الدار ، فالعقد عارية عند الطرفين ، وهبة عند أبي يوسف . وقد استدل الطرفان بأن الرسول عليه السلام اجاز العمرى وابطل الرقبى . واستدل ابو يوسف بأن الرسول عليه السلام اجاز العمرى والرقبى . وقد رد على استدلاله بان جواز الرقبى في الحديث لا يحتج به ، لان اللفظ محتمل معنيين : إما الانتظار فلا تصح الهبة بالاتفاق، أو الارقاب أي هبة الرقبة فلا حجة له ، والدليل لا يصلح دليلًا مع الاحتمال .

وان كانت القرينة منفعة مثل : داري لك سكنى أو عمرى سكنى ، فالعقد عارية . أما إن قال : هذه الدار لك عمرى تسكنها فالعقد هبة ، لأنه وهب منه الدار ، ثم اشار عليه فيما ينتفع بالموهوب ، والمشورة في ملك الغير باطلة .

كتاب الوديعة [1]

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع : في بيـــان ركن العقد وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد، وفي بيان حال المعقود ، وفي بيان مايوجب تغير حاله .

ركن الوديعة :

أما ركنه : فهو الايجاب والقبـول : وهو ان يقول لغيره : أودعتك هـذا الشيء أو احفظ هذا الشيء لي ، أو خذ هـذا الشيء وديعة عندك ، وما يجري مجراه ويقبله الآخر ، فاذا وجد ذلك ، فقد تم عقد الوديعة .

شرائط الركن او اهلية العاقدين :

واما شرائط الركن فانواع :

العقل عند المودع :

(منها) – عقل المودع : فلا يصح الايداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل ؛ لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية . (وأما) بلوغه : فليس بشرط عندنا حتى يصح الايداع من الصبي المأذون (٢) ، لان ذلك مما يحتاج اليه التاجر ، فكان من توابـع التجارة ، فيملكه الصبي المأذون ، كما يملك التجارة . وعند الشافعي رحمـه الله : لا يملك التجارة فلا يملك توابعها على ما نذكر في كتاب المأذون ، وكـذا حريته ليست بشرط ، فيملك العبد المأذون الايداع لما قلنا في الصبي المأذون .

---

(١) راجع البدائع : ج ٦ص ٢٠٧ .
(٢)الاذن في اللغة هو الاعلام ، والمراد به هنا أن يأذن ولي الصبي للصبي في التجارة فينفذ تصرفه في=

العقل عند الوديع :

(ومنها) عقل المودَع : فلا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل؛لان حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ ، ومن لاعقل له لايكون من أهل الحفظ .

وأما بلوغه : فليس بشرط ، حتى يصح قبول الوديعة من الصبي المأذون ، لانه من اهل الحفظ ، الا ترى انه اذن له الولي ، ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الاذن له سفها .

وأما الصبي المحجور عليه : فلا يصح قبول الوديعة منه ، لانه لايحفظ المال عادة ، ألا ترى انه منع عنه ماله . ولو قبل الوديعة فاستهلكها : فان كانت الوديعة عبداً أو أمة يضمن بالاجماع ، وان كان سواهما فان قبلها باذن الولي فكذلك . وان قبضها بغير اذنه لاضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف يضمن.(وجه) قوله : ان ايداعه لو صح فاستهلك الوديعة يوجب الضمان ، وان لم يصح جعل كأنه لم يكن ، فصار الحال بعد العقد كالحال قبله . ولو استهلكه قبل العقد لوجب عليه الضمان اذا كانت الوديعة عبداً أو أمة .

(وجه) قولهما : أن ايداع الصبي المحجور اهلاك للمال معنى ، فكأن فعل الصبي اهلاك مال قائم صورة لامعنى[1] ، فلا يكون مضموناً عليه،ودلالة ماقلنا: انه لما وضع المال في يده فقد وضع في يد من لايحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعاً . ولا شك انه لا يجب عليه حفظ الوديعة شرعا ، لأن الصبي ليس من أهل وجوب الشرائع عليه .

والدليل على انه لايحفظ الوديعة عادة انه منع عنه ماله ، ولو كان يحفظ

=البيع والشراء وغيرها من أسباب التجارات . وهذا عند الحنفية .

(١) المراد بذلك أن إيداع شيء عند صبي ممنوع من التصرفات يعتبر في الحقيقة طريقاً لاتلاف المال ، فاذا اتلف الصبي هذا المال فيكون اتلافاً لمال موجود عنده صورة لا حقيقة أي من حيث الظاهر لا من حيث القيمة .

المال عادة لدفع اليه ، قال الله تبارك وتعالى : « فان آ نستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » وبهذا فارق المأذون ، لانه يحفظ المال عادة . ألا ترى أنه دفع اليه ماله ، ولو لم يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع اليـــه سفها ، بخلاف ما اذا كانت الوديعة عبداً أو أمة ، لان هناك لايجب عليه ضمان المال أيضاً ، وانما يجب عليه ضمان الدم ؛ لان الضمان الواجب بقتل العبـد ضمان الآدمي ، لاضمان المال ، والعبد من حيث انه آدمي قائم من كل وجه قبل الايـــداع وبعده ، فهو الفرق .

حرية الوديع :

وكذلك حرية المودَع ليست بشروط لصحة العقد ، حتى يصح القبول من العبد المأذون ، ويترتب عليه احـكام العقد ، لانه يحتاج الى الايداع والاستيداع ، على ما نذكر في كتاب المأذون .

وأما العبد المحجور : فلا يصح منه القبول ، لانه لايحفظ المـال عادة ، ولو قبلها فاستهلكها : فان كانت عبـدا أو أمة يؤمر المولى بالدفع أو الفداء[١] ، وان كانت سواهما : فان قبلها باذن وليه يضمن بالاجماع ، وان قبلها بغير اذن وليه لا يؤاخذ به في الحال عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : يؤاخذ به في الحال . والكلام في الطرفين على حسب ماذكرنا في الصبي المحجور .

تحليل النص

دل النص على أن الوديعـة – أو بتعبير أصح : الايداع – عقـــد ينعقد بالايجاب والقبول .

---

(١) أي أن السيد المالك للعبد يطالب إما بدفع عبد مثله أو بدفع عوض مالي عنه.

ويشترط لانعقاد هذا العقد توافر الاهلية عند العاقدين وهي العقل بالنسبة للمودع والوديع . ولايشترط البلوغ فيهما عند الحنفية ، أما الامام الشفعي فيعتبر الاهلية بالعقل والبلوغ معاً ، فلا ينعقد عنده عقد الصبي سواء أكان مميزاً أم غير مميز .

وبناء على مذهب الحنفية يصح الايداع من الصبي المأذون بممارسة التصرفات كما يصح للصبي المميز قبول الوديعة اذا كان مأذوناً . وأما الصبي المحجور عن التصرفات فلا يصح قبول الوديعة منه ،فان قبلها مع ذلك ، فيضمنها إن كان الشيء المودع عبداً أو أمة ، أو كان غير ذلك ولكن بإذن وليه ، فان لم يأذن له وليه بقبول الوديعة فلا ضمان عليه عند الطرفين . وعند أبي يوسف : يضمن . ولكل من الرأيين دليله . والمرجح رأي الطرفين ؛ لأن الصبي المحجور منع عنه ماله فلا يعتبر الايداع عنده تصرفاً صحيحاً من قبل المودع فيتحمل هو تبعة تصرفه .

وكذلك لايشترط أن يكون الوديع حراً ، فيصح الايداع عند العبد المأذون بالتجارة ، لأن ذلك من طبيعة عمله الذي يحتاج اليه . هذا بخلاف العبد المحجور،فإنه لا يصح الايداع عنده كالصبي المحجور ، فان قبل وديعة مع ذلك ، فيكون ضمانة للشيء الهالك بحسب الخلاف المذكور في الصبي المحجور .

حال المستعار : هل هو أمانة أم مضمون(١)

(فصل) : وأما بيان حال المستعار : فحاله أنه أمانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالاجماع . فأما في غير حال الاستعمال فكذلك عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله مضمون .

---

(١) راجع البدائع : ٦ ص ٢١٧

دليل الشافعي :

واحتج[1] بما روي أن رسول الله ﷺ استعار من صفوان درعا يوم حنين ، فقال صفوان : أغصبا يا محمد ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : بل عارية مضمونة » ولأن العين مضمونة الرد حال قيامها ، فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب. وهذا لأن العين اسم للصورة والمعنى ، وبالهلاك إن عجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى ، لأن قيمة الشيء : معناه ، فيجب عليه رده بمعناه كما في الغصب ولانه قبض مال الغير لنفسه ، فيكون مضموناً عليه كالمقبوض على سوم الشراء[2].

دليل الحنفية :

(ولنا)[3] أنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان ، فــلا يجب عليه الضمان كالوديعة والاجارة ، وانما قلنا ذلك لان الضمان لايجب على المرء بدون فعله، وفعله الموجود منه ظاهراً هوالعقد والقبض ، وكل واحد لا يصلح سبباً لوجوب الضمان.

أما العقد : فلأنه عقد تبرع بالمنفعة تمليكا أو إباحة على اختلاف الاصلين[4].

وأما القبض فلوجهين : احدهما — ان قبض مال الغيربغير اذنه لايصلح سبباً لوجوب الضمان ، فبالإذن أولى . وهذا لأن قبض مال الغير بغير اذنه هو اثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيانتـه عن الهلاك . وهـذا احسان في حق المالك . قال الله تبارك وتعالى جل شأنه : « هل جزاء الاحسان الا الاحسان » وقال تبارك

---

(١) أي الشافعي .

(٢) هو أن يقول المشتري للبائع مثلا : أعطني هذا الشيء لانظره ، فان أعجبني أشتريته، فـان بين البائع ثمن الشيء كان المقبوض مضموناً على القابض، وان لم يبين الثمن كان أمانة غيرمضمون.

(٣) أي دليلنا نحن الحنفية .

(٤) هذان الاصلان هما رأي جمهور الحنفية القائلين بأن مقتضى العارية تمليك المنافع، ورأي الكرخي القائل بأن مقتضى العارية اباحة المنافع .

وتعالى : « ما على المحسنين من سبيل » ذلك أن قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان ، فمع الاذن اولى .

الثاني – ان القبض المأذون فيه لا يكون تعديا ؛ لانه لايفوت[1] يد المالك ولا ضمان الا على المتعدي . قال الله تبارك وتعالى : « فلا عدوان الا على الظالمين » بخلاف قبض الغصب .

الرد على ادلة الشافعي :

وأما الاستدلال بضمان الرد قلنا[2] : ان وجب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها ، وقوله[3] : قيمتها : معناها ، قلنا : ممنوع[4] وهذا لأن القيمة هي الدراهم والدنانير ، والدراهم والدنانير عين أخرى لها صورة ومعنى غير العين الأولى ، فالعجز عن رد أحد العينين لم يوجب رد العين الاخرى ، وفي باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق ، بل بطريق آخر ، وهو اتلاف المغصوب معنى ، لما علم ، وهنا لم يوجد ، حتى لو وجد يجب الضمان .

ثم نقول : انما وجب عليه ضمان الرد ؛ لأن العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب[5] ، بقي العين في يده كالمغصوب ، والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ، ومضمون القيمة حال هلاكه ، وعندنا : اذا هلكت في تلك الحال ضمن .

---

(١) أي لايزيل يد المالك عن ملكه في الحقيقة .

(٢) أي أن استدلال الشافعي بضمان الرد غير مقبول عندنا نحن الكاساني لانـــه ، ان وجب رده العين حال وجودها لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها .

ول الشافعي .

(٤) أي أن قول الشافعي : « ان قيمة الشيء معناه » مردود عندنا ، لان القيمـــة عين أخرى غير العين المطلوب ضمانها أو التعويض عنها .

(٥) أي ان العقد ينتهي بانتهاء المدة التي حددها المتعاقدان أو بطلب استرداد الشيء المستعار .

وأما قوله : « قبض مال الغير لنفسه » فنعم ، لكن قبض مال الغير لنفسه بغير إذن لا يصلح سبباً لوجوب الضمان ، لما ذكرنا ، فمع الاذن أولى .

والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطي بشوط الخيار الثابت دلالة لما علم .

ولا حجة له في حديث صفوان،لان الرواية قد اختلفت ، فقد روي انه هرب من رسول الله ﷺ ، فأرسل اليه ، فأمنه وكان رسول الله ﷺ يريد حنينا ؟ فقال : « هل عندك شيء من السلاح ؟ » فقال : عارية أو غصباً ؟ فقال علية الصلاة والسلام : عارية ، فأعاره ، ولم يذكر فيه الضمان ، والحادثة حادثة واحدة ، فلا يكون الثابت الا احداهما ، فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج ، مع انه ان ثبت فيحتمل ضمان الرد ، وبه نقول ، فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال(١) . يؤيد ما قلنا : ماروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : العارية مؤداة .

تحليل النص

اختلف الحنفية مع الشافعية في حكم يد المستعير ، هل هي يد امانة أم يد ضمان ؟ فقال الشافعية : يد المستعير يد ضمان في حال الاستعمال وفي غير حالة الاستعمال، فالعارية مضمونة سواء تعدى المستعير عليها أم لم يتعد،بدليل قصة استعارة الرسول ﷺ درعاً من صفوان بن أمية وقوله له : « بل عارية مضمونة » وبما أن العين مضمونة ، فضمانها إما برد عينها أو برد قيمتها . وهناك دليل آخر وهو أن المستعير قبض مال غيره من أجل مصلحة نفسه بخلاف الوديعة ، فانه قبضها لمصلحة المودع لا لمنفعة الوديع ، وبناء عليه إذا هلك المقبوض في العاريه فيضمنه المستعير كما في حالة المقبوض على سوم الشراء .

---

(١) أي لا يحمل الحديث على ضمان القيمة عند الهلاك مع قيام احتمال آخر وهو ضمان رد العين .

واستدل الحنفية بأن لفظ العارية لا ينبىء عن التزام الضمان ، لان العارية لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها ، والضمان انما يجب بالعقد أو بالقبض أو بالاذن ، وليس شيء من ذلك بموجب للضمان .

أما العقد : فلأن اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبىء عن التزام الضمان ، لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها على اختلاف القولين المعروفين عند الحنفية ، وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه .

وأما القبض : فانما يوجب الضمان إذا وقع تعديا ، وفي العارية لم يقع تعد من المستعير ، لكون القبض مأذوناً فيه .

وأما الاذن : فلا يتفق مع الالتزام بالضمان ، لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان .

وإذا كان الاذن في العارية من أجل الانتفاع فلا يتناول العين ، فانه ورد نصاً على المنفعة ، ولم يتعد الى العين ، واذا كان الامر كذلك فان القبض أيضاً لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان .

والحنفية يسلمون مع الشافعي ان العين مضمونة الرد ، ولكن ذلك حال وجودها لا حال هلاكها ، وتعتبر قيمة الشيء عندهم عيناً أخرى غير العين الاصلية ، والعجز عن رد عين لا يوجب رد عين أخرى .

وضمان الرد يقول به الحنفية حال انتهاء العقد أو بطلب استرداد العارية .

وفي الجملة : إن قبض مال الغير بغير اذن منه لا يوجب الضمان لان ذلك يعتبر احساناً من القابض لمصلحة المالك ، والله تعالى يقول : « ما على المحسنين من سبيل » .

وأما المقبوض على سوم الشراء فانه مضمون بالعقد وليس بمضمون بالقبض ،

لان الشروع في العقد بمباشرة بعض خدماته له حكم نفس العقد أو لأن المقبوض من أجل العقد له حكم نفس العقد .

وأما حديث صفوان فيحمل إما على ضمان رد العين أو يقال : انـه حديث مضطرب اذ انه روي أحياناً بلفظ « بل عارية مؤداة » وأحياناً « بــل عارية مضمونة » وأحياناً بلفظ « بل عارية مضمونة مؤداة » واضطراب الحديث يوجب ضعفه .

* * *

نصوص من كتاب الدر المختار للحصكفي
عند الحنفية

ونختار هنا أيضاً نصوصاً من كتاب « الدر المختار في شرح تنوير الابصار » للعلامة محمد علاء الدين الحصكفي المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ فالدر المختار شرح، و « تنوير الابصار » أصل أو متن . وطريقة الشرح في هذا الكتاب هي ان يجعل المتن عبارة عبارة أو كلمة كلمة بين قوسين بحسب منهاج اغلبية الشراح القدامى، فانهم يكملون كلام الماتن بعبارة مناسبة له بحيث تتكون تراكيب من الجمل منسجمة مع بعضها متلاحمة في أجزائها مفهومة في معانيها ومحتوياتها .

ومصنف المتن هو شيخ الاسلام محمد بن عبد الله التمرتاشي (١) الحنفي الغزي عمدة المتأخرين المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ . وقد قام التمرتاشي نفسه بشرح المتن الذي وضعه، وسماه « منح الغفار شرح تنوير الابصار » وهو مخطوط في مكتبة الازهر .

وهناك شرح نفيس لكتاب « الدر المختار » للشيخ محمد عابدين أحمد بن علي بن يعقوب السندي الانصاري المتوفى سنة ١٢٥٧ هـ، وقد سماه « طوالع الانوار شرح « الدر المختار » وهو كتاب جامع واسع ولكنه ما زال مخطوطاً لم يطبع في مكتبة الازهر .

وهناك أيضاً حاشية مشهورة على الدر المختار هي حاشية الطحطاوي المتوفى سنة ١٢٣١ هـ أربعة اجزاء .

وكتاب الدر المختار مطبوع على هامش حاشية العلامة ابن عابدين المتوفى سنة

---

(١) راجع حاشية ابن عابدين : ج ٣ ص ١٥٣ – ١٦٤ .

١٢٥٢ هـ على الدر المختار ، هذه الحاشية تسمى « رد المحتار على الدر المختار » خمس مجلدات . وقد اكملها في مجلدين العلامة محمد علاء الدين عابدين المتوفى سنة ١٣٠٦ هـ. وعلى الجملة تعتبر حاشية ابن عابدين خاتمة التحقيقات في المذهب الحنفي ، ففيها بيان بالرأي الراجح المعمول به في المذهب ، كما يجد الباحث فيها نوعاً من التجديد في المذهب الحنفي لما ذكر فيها من مناقشات جيدة وآراء حرة لا تلتزم القديم المنقول ، فلذلك لا يمكن لمفت أو عالم في المذهب الحنفي ان يستغني عن كتاب « رد المحتار » لما ذكرنا له من مزايا ، ولتحريره اقوال المذهب وتدقيقها وجمعه مختلف النقول المتناثرة في كتب الحنفية .

* * *

كتاب الكفالة[1]

«متن تنوير الابصار»

هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة مطلقاً ، وركنها : ايجاب وقبول ، وشرطها : كون المكفول به مقدور التسليم ، وفي الدين : كونه صحيحاً قائماً ، وحكمها : لزوم المطالبة على الكفيل ، وأهلها : من هو أهل للتبرع ، والمدعي : مكفول له ، والمدعى عليه : مكفول عنه ، والنفس أو المال المكفول : مكفول به ، ومن لزمته المطالبة : كفيل ، وكفالة النفس : تنعقد بكفلت بنفسه ونحوها ، مما يعبر به عن بدنه وبنصفه ، أو ربعه ، وبضمنته ، أو علي ، أو الي ، أو أنا به زعيم أو قبيل به ، وأنا ضامن حتى تجتمعا ، أو تلتقيا ، وقيل : لا ، لعدم بيان المضمون به ، كما في : أنا ضامن لمعرفته . واذا كفل الى ثلاثة أيام ، كان كفيلًا بعد الثلاثة ، ولا يطالب به في الحال ، وبه يفتى . وان شرط تسليمه في وقت بعينه ، أحضره فيه ان طلبه ، فان أحضره والا حبسه الحاكم ، فان غاب ، ولو لم يعلم مكانه ، لا يطالب به ، ان ثبت ذلك بتصديق الطالب أو ببينة أقامها الكفيل .

ويبرأ بموت المكفول به ، ولو عبدا ، وبموت الكفيل ، لا الطالب ، وبدفعه الى من كفل له ، حيث يمكن مخاصمته ، وان لم يقل : اذا دفعت اليك ، فأنا بريء . ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي ، سلمه فيه ، ولم يجز في غيره . وكذا يبرأ بتسليم المطلوب نفسه ، وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله اليه من كفالته . فان قال : ان لم أواف به غداً ، فهو ضامن لما عليه ، فلم يواف به مع قدرته عليه ، أو مات المطلوب ، ضمن .

---

(١) راجع حاشية ابن عابدين : ج ٤ ص ٢٦٠ وما بعدها .

الدر المختار شرح تنوير الأبصار

تعريف الكفالة :

(هي) لغة : الضم ، وحكى ابن القطاع : كفلته ، وكفلت به ، وعنه. وتثليث الفاء [1] ، وشرعاً (ضم ذمة) الكفيل (الى ذمة) الأصيل (في المطالبة) مطلقاً) بنفس أو بدين أو عين ، كمغصوب ونحوه [2] ، كما سيجيء [3] ، لأن المطالبة تعم ذلك [4] . ومن عرفها بالضم في الدَّين انما أراد تعريف نوع منها ، وهو الكفالة بالمال ، لأنه محل الخلاف ، وبه يستغنى عما ذكره منلا خسرو .

ركن الكفالة :

(وركنها : ايجاب وقبول) بالألفاظ الآتية ، ولم يجعل الثاني الثاني ركناً [6] .

---

(١) كفل بالمال أو بالنفس كفلاً وكفولا : من باب قتل وتعب وقرب ، كما في المصباح .

(٢) ونحوه : أي من كل ما يجب تسليمه بعينه كالمبيع بيعاً فاسداً ، والمقبوض على سوم الشراء، والمهر ، وبدل الخلع والصلح عن دم عمد. أما تسليم العين غير المضمونة وهى الأمانة فلا تصح الكفالة بها .

(٣) أي في بحث كفالة المال .

(٤) أى المذكور من الأقسام الثلاثة للكفالة .

(٥) منلا خسرو صاحب كتاب الدرر الذي عرف فيه الكفالة بضم ذمة الى ذمة في مطالبة النفس أو المال أو التسليم .

(٦) أى ولم يجعل أبو يوسف صاحب أبي حنيفة الركن الثاني وهو القبول ركناً ، وانما تتم الكفالة عنده بالايجاب وحده في المال والنفس .

شرط الكفالة :

(وشرطها : كون المكفول به) نفساً أو مالا (مقدور التسليم) من الكفيل، فلم تصح بحد وقود (وفي الدين : كونه صحيحاً[1] قائماً) لا ساقطاً بموته مفلساً ، ولا ضعيفاً كبدل كتابة[2] ، ونفقة زوجة قبل الحكم بها ، فما ليس دينا بالأولى . نهر .

حكم الكفالة :

(وحكمها ، لزوم المطالبة على الكفيل) بما هو على الأصيل نفساً أو مالا .

أهلية الكفيل :

(وأهلها : من هو أهل للتبرع) فلا تنفذ من صبي ولا مجنون إلا اذا استدان له وليه ، وأمره أن يكفل المال عنه ، فتصح ويكون اذنا في الأداء . محيط . ومفاده أن الصبي يطالب بهذا المال بموجب الكفالة ، ولولاها لطولب الولي . نهر . ولا من المريض الا من الثلث ، ولا من عبد ولو مأذونا في التجارة ، ويطالب بعد العتق الا إن أذن له المولى ، ولا من مكاتب ، ولو باذن المولى .

عناصر الكفالة :

(والمدعي) وهو الدائن : (مكفول له ، والمدعى عليه) وهو المديون : (مكفول عنه) ويسمى الأصيل أيضاً (والنفس أو المال المكفول : مكفول به، ومن لزمته المطالبة : كفيل) .

دليل مشروعية الكفالة :

ودليلها الاجماع ، وسنده : قوله عليه الصلاة والسلام : « الزعيم غارم »[3] وتركها

---

(١) الدين الصحيح : هو ما لم يسقط الا بالأداء أو الابراء .

(٢) سبب ضعف عوض الكتابة الذي يؤديه العبد : هو أنه يسقط بالعجز عن أدائه للسيد .

(٣) رواه أبو داود والترمذي وقال : حديث حسن . ومعناه أن الكفيل يلزمه الأداء عند المطالبة به .

أحوط[1] . مكتوب في التوراة : « الزعامة : أولها ملامة ، وأوسطها ندامة ، وآخرها غرامة »[2] مجتبى .

ألفاظ الكفالة بالنفس :

(و كفالة النفس : تنعقد بكفلت بنفسه ، ونحوها مما يعبر به عن بدنه) كالطلاق[3] وقدمنا ثمة أنهم لو تعارفوا إطلاق اليد على الجملة ، وقع به الطلاق ، فكذا في الكفاله . فتح (و) بجزء شائع ككفلت (بنصفه أو ربعه ، و) تنعقد (بضمنته أو علي أو إلي) أو عندي (أو أنا به زعيم) أي كفيل (أو قبيل به) أي بفلان ، أو غريم ، أو) حميل بمعنى محمول[4] . بدائع . (و) تنعقد بقوله : (أنا ضامن حتى تجتمعا أو حتى (تلتقيا) ويكون كفيلا الى الغاية . تتارخانية (وقيل : لا) تنعقد (لعدم بيان المضمون به) أهو نفس أو مال ، كما نقله في الخانية عن الثاني[5]. قال المصنف[6] : والظاهر أنه ليس المذهب[7] ، لكنه استنبط منه في فتاويه : أنه لو قال الطالب : ضمنت بالمال ، وقال الضامن : انما ضمنت بنفسه ، لايصح . ثم قال : وينبغي أنه اذا اعترف أنه ضمن

---

(١) المراد أحوط في سلامة المال لا في الديانة ، أو في الديانة اذا كان يخاف ألا يملك نفسه من الندم على ما فعله من المعروف .

(٢) المراد أن الكفالة يعقبها في أول الأمر الملامة لنفسه منه أو من الناس ، ثم عند المطالبة بالمال يندم على إتلافه لماله ، ثم بعد ذلك يغرم المال أو يتعب نفسه باحضار المكفول به .

(٣) أي أنها تنعقد بما ينعقد به الطلاق من الاشارة الى النفس أو مما يعبر به من الأعضاء عن جملة البدن .

(٤) الأظهر أن يكون اسم المفعول هنا بمعنى اسم الفاعل لأن الكفيل حامل لكفالة المدين .

(٥) المراد به : أبو يوسف .

(٦) أي مصنف المتن وهو التمرتاشي .

(٧) الضمير في « أنه » عائد الى ما نقل عن أبي يوسف المعبر عنه بقوله : وقيل : لا. والحق أنه

بالنفس أن يؤخذ به[١]، فراجعه. (كما)لا تنعقد في قوله (أنا ضامن) أو كفيل (لمعرفته) على المذهب ، خلافاً للثاني بأنه لم يلتزم المطالبة ، بل المعرفة[٢] . واختلف في : أنا ضامن لتعريفه ، أو على تعريفه ، والوجه اللزوم[٣] . فتح ، كأنا ضامن لوجهه ، لأنه يعبر به عن الجملة . سراج . وفي : معرفة فلان علي : يلزمه أن يدل عليه .خانية، ولا يلزم أن يكون كفيلا . نهر .

الكفالة المؤقتة :

(وإذا كفل إلى ثلاثة أيام) مثلا (كان كفيلا بعد الثلاثة) أيضاً أبداً ، حتى يسلمه ، لما في الملتقط وشرح المجمع : لو سلمه للحال برىء ، وانما المدة لتأخير المطالبة ، ولو زاد : وأنا بريء بعد ذلك ، لم يصر كفيلا أصلا في ظاهر الراوية ، وهي الحيلة في كفالة لا تلزم . درر وأشباه ، قلت : ونقله في لسان الحكام عن أبي الليث ، وان عليه الفتوى ، ثم نقل عن الواقعات : أن الفتوى أنه يصير كفيلا . اه ، لكن تقوى الأول بأنه ظاهر المذهب .فتنبه[٤] .

ليس في المذهب قول آخر ، بل هما مسألتان : احداهما تصح فيها الكفالة وهو قوله:(هو علي حتى تجتمعا) والثانية : لا تصح بلا ذكر خلاف فيها وهي قوله : «أنا ضامن حتى تجتمعا».

(١) هذا اذا كان الطالب يدعي كفالة المال وكفالة النفس أيضاً .

(٢) معنى ذلك أن المقرر في مذهب الحنفية خلافاً لأبي يوسف : أن الكفالة لا تنعقد بهذا اللفظ لأن الكفيل لم يلتزم احضار المكفول عنه ، وانما اقتضى معرفته فقط .

(٣) الفرق بين هذه الصورة والتي قبلها : أن الكفيل ضمن تعريف الغريم للدائن الطالب ، وتعريفه باحضاره له ، والا فهو معروف له ، وأما في الصورة الأولى فقد ضمن معرفته ، ولا يلزم منه احضاره له .

(٤) قال ابن عابدين : وتقوى الثاني بأنه المتعارف بين الناس بحيث لا يقصدون غيره الا أن يكون الكفيل عالما بحكم ظاهر المذهب قاصداً له ، فالأمر ظاهر . وفي الجملة رجح ابن عابدين أن الكفالة تتأقت بالمدة .

حكم الكفالة المؤقتة :

(ولا يطالب) بالمكفول بـــه (في الحال) في ظاهر الرواية (وبه يفتى) وصححه في السراجية . وفي البزازية : كفل على أنه متى أو كلما طالب فله أجل شهر ، صحت ، وله أجل شهر مذ طلبه ، فاذا تم الشهر ، فطالبه ، لزم التسليم ، ولا أجل له ثانياً [1] . ثم قال : كفل على أنه بالخيار عشرة أيام أو أكثر ، صح بخلاف البيع ، لأن مبناها على التوسع .

اشتراط التسليم في وقت معين :

(وان شرط تسليمه في وقت بعينه ، أحضره [2] فيه (ان طلبه) كـــدين مؤجل ، حل (فان أحضره) فيها (والا حبسه الحاكم) حين يظهر مطله . ولو ظهر عجزه ابتداء لا يحبسه . عيني .

غيبة المكفول عنه :

(فان غاب [3]) أمهله مـــدة ذهابه وايابه ، ولو لدار الحرب . عيني وابن ملك (و) لو (لم يعلم مكانه ، لا يطالب به) لأنه عاجز .

(ان ثبت ذلك بتصديق الطالب) زيلعي ، زاد في البحر : (أو ببينة أقامها الكفيل) مستدلا بما في القنية : غاب المكفول عنه ، فللدائن ملازمة الكفيل حتى يحضره ، وحيلة دفعه(٤) : أن يدعي الكفيل عليه أن خصمك غائب غيبة

---

(١) معنى ذلك أن الطالب اذا طالب الكفيل بتسليم المكفول بنفسه ، فــله أجل شهر ، فاذا تم الشهر ، فله مطالبته بالتسليم ، ولا أجل له في هذه المطالبة الثانية. وهذا كله في كفالة النفس.

(٢) أي لزمه احضاره بالشرط .

(٣) أي المكفول عنه ، وطلب الغريم منه احضاره .

(٤) أي دفع الطالب عن ملازمته للكفيل .

لا تدرى ، فبين لي موضعه ، فان برهن(١) على ذلك ، تندفع عنه الخصومه . ولو اختلفا(٢) ، فان كان له خرجة للتجار معروفة ، أمر الكفيل بالذهاب اليه ، والا حلف أنه لايدري موضعه . ثم في كل موضع قلنا بذهابه اليه ، للطالب أن يستوثق بكفيل من الكفيل ائلا يغيب الآخر .

متى يبرأ الكفيل بالنفس ؟

(ويبرأ) الكفيل بالنفس (بموت المكفول به(٣) ، ولو عبدا) أراد به دفع توهم أن العبد مال(٤) ، فإذا تعذر تسليمه لزمه قيمته ، ، وسيجيء : مالو كفل برقبته(٥) .

(وبموت الكفيل)(٦) وقيل : يطالب وارثه باحضاره . سراج (لا) بموت (الطالب) بل وارثه أو وصيه يطالب الكفيل ، وقيل : يبرأ . وهبانية ، والمذهب الاول .

(و) يبرأ (بدفعه الى من كفل له حيث) أي في موضع (يمكن مخاصمته) سواء قبله الطالب أو لا (وان لم يقل) وقت التكفيل : (اذا دفعته اليك فأنا

---

(١) أي برهن الكفيل على أن غيبته لاتدرى .

(٢) أي بأن قال الكفيل : لا أعرف مكانه ، وقال الطالب : تعرفه .

(٣) أي يبرأ الكفيل أصلا بموت الشخص المطلوب .

(٤) يبرأ الكفيل اذا كان العبد مدعى عليه مال،أما اذا كان المدعى بهنفس العبد فلا يبرأ ، ويضمن قيمته . قال ابن عابدين : ولا يخفى أن التوهم باق، فلا بد في دفع التوهم من أن يقول : ولو عبدا ادعي عليه مال .

(٥) أي سيجيء في الباب الآتي : ما لو كفل برقبته أي بأن كان المدعى به رقبة العبد .

(٦) المراد هو الكفيل بالنفس ، لأن الكلام فيه ، أما الكفيل بالمال فلا تبطل بموته ، وانما يوفى الدين من ماله ثم يرجع ورثته على المكفول عنه ان كنت الكفالة بأمره ، وكان الدين حالا .

بريء) ويبرأ بتسليمه مرة ، قال : سلمته اليك بجهة الكفالة ، أو لا ان طلبه منه ، وإلا فلا بد أن يقول ذلك .

(ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي : سلمه فيه ، ولم يجز) تسليمه في غيره) به يفتى(١) في زماننا ، لتهاون الناس في اعانة الحق ، ولو سلمه عند الأمير ، أو شرط تسليمه عند هذا القاضي ، فسلمه عند قاض آخر ، جاز . بحر ، ولو سلمه في السجن ، لو سجن هذا القاضي ، أو سجن أمير البلد في هذا المصر جاز . ابن ملك (وكذا يبرأ) الكفيل (بتسليم المطلوب نفسه) لحصول المقصود (وبتسليم وكيل الكفيل) لقيامه مقامه (ورسوله : اليه)(٢) لأن رسوله الى غيره كالأجنبي(٣) وفيه(٤) يشترط قبول الطالب ، ويشترط أن يقول كل واحد من هؤلاء(٥) : سلمت اليك عن الكفيل . درر (من كفالته)أي بحكم الكفالة : يعني ، والا لا يبرأ(٦) . ابن كمال ، فليحفظ .

---

(١) وهو قول زفر ، وهذه احدى المسائل السبع التي يفتى فيها بقول زفر . وزاد بعضهم المسائل على السبع .

(٢) يبرأ الكفيل بتسليم المطلوب نفسه أو بأن يقوم وكيل أو رسول عن الكفيل بتسليم المطلوب الى الطالب .

(٣) معناه : أنه لا بد أن يكون الرسول مرسلا للطالب نفسه ، فلو كان رسولا الى غير الطالب فلا يبرأ الكفيل بمجرد التسليم ، لأنه في هذه الحالة يكون تسليمه كتسليم الأجنبي عن الكفيل .

(٤) أي وفي تسليم الأجنبي يشترط شرط زائد : وهو قبول الطالب ، مثاله : لو سلمه أجنبي بغير أمر الكفيل ، وقال : سلمت اليك عن الكفيل ، توقف ذلك على قبول الطالب ، فان قبل برىء الكفيل وان اسكت لا .

(٥) أي هؤلاء الثلاثة وهم : المطلوب والوكيل والرسول .

(٦) أي ان لم يقل أحد هؤلاء ذلك القول : لا يبرأ الكفيل .

تعليق الكفالة بالشرط :

(فان قال : ان لم أواف) أي آت (به غدا فهو[1] ضامن لما عليه) من المال (فلم يواف به مع قدرته عليه) فلو عجز لحبس أو مرض ، لم يلزمه المال ، الا اذا عجز بموت المطلوب أو جنونه ، كما أفاده بقوله : (أو مات المطلوب) في الصورة المذكورة (ضمن) المال في الصورتين[2] ، لأنه علق الكفالة بالمال بشرط متعارف ، فصح ولا يبرأ عن كفاله النفس لعدم التنافي[3] ، فلو أبرأه عنها ، فلم يواف به ، لم يجب المال ، لفقد شرطه .

مـــلاحظه :

قيد بموت المطلوب ، لأنه لو مات الطالب طلب وارثه[4] ، ولو مات الكفيل طولب وارثه . درر ، فان دفعه الوارث الى الطالب برىء ، وان لم يدفعه حتى مضى الوقت ، كان المال على الوارث يعني من تركة الميت . عيني .

تحليل النص

اختلف في تعريف الكفالة : فعرفها بعضهم بأنها ضم ذمة الى ذمة في الدين ، والأصـــح عند الحنفيـة أنها : ضم ذمة الى ذمـة في المطالبة . ليس معنى هذا الأصح الا كون التعريف يشمل أنواع الكفالة الثلاثة : وهي الكفالة بالمال ، والكفالة بالدين ، والكفالة بالعين .

فشمول هذا التعريف الأنواع الثلاثـة المذكورة لا يصلح إذاً توجيهـاً لكونه أصح

---

(١) فهو : أي القائل : وهو من تتمة القول بالمعنى أي : فأنا ضامن لما عليه .

(٢) أي صورة عدم الموافاة مع القدرة ، وصورة موت المطلوب .

(٣) أي لا تعارض بين مقتضى الكفالة بالنفس والكفالة بالمال ، اذ كل منها للتوثق .

(٤) أي طلب وارثه من الكفيل احضـار المكفول به في الوقت المحدد ، والا طلب منه المال .

من التعريف الأول ، لأن المراد به تعريف نوع منها وهو كفالة الدين . أما النوعان الآخران فمتفق على كون الكفالة بها كفالة بالمطالبة . وإذا كان المراد لا يدفع الايراد (أي الاعتراض) كما يقولون ، لأن التعريف الأول موهم اختصاص الكفالة بنوع منها فقط ، فان الحنفية رجحوا التعريف الثاني .

هذا مع اتفاق الفريقين على أن الدين ثابت في ذمه الكفيل ، كما في ذمة المدين بدليل ما صرح بـه الحنفية أنفسهم من أن الدين يحـل بموت الكفيل ويؤخذ من تركته .

وتنعقد الكفالة بالإيجاب والقبول خلافاً لأبي يوسف الذي يرى انعقادها بالايجاب وحده سواء في كفالة المال أو في كفالة النفس . ويشترط في المكفول به شروط منها : أن يكون مقدور التسليم من الكفيل فلا تصح كفالة بالحدود والقصاص . ومنها : أن يكون الدين لازماً ، وهذا شرط خاص بالكفالة بالمال ، فلا تجوز الكفالة ببدل الكتابة . ونفقة الزوجة قبل صدور حكم بها .

وحكم الكفالة : ثبوت حق المطالبة للطالب متى شاء ، سواء تعذر عليه مطالبه الأصيل أو لا .

ويشترط أن يكون الكفيل اهلا للتبرع ، فلا تصح من صبي ولا مجنون الا إذا استدان وليه من أب أو وصي لنفقة أو غيرها مما لا بد منه ، وطلب القاصر من وليه أن يكفل المال عنه . ولا تصح أيضاً من مريض مرض الموت الا في حدود ثلث تركتـه ، فان كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعـد الدين ، صحت كلها ، والا فبقدر الثلث . وتنعقد الكفاله بالنفس بما ينعقد به الطلاق مما يعبر به عن البدن كالنفس والرأس والوجه والرقبـة والعنق والبدن والروح ، كما تنعقـد بالجزء الشائع من البدن كالنصف والربع ، لأن النفس الواحدة في حق الكفـالة لا تتجزأ ، فذكر بعضها كذكر كلها .

وتنعقد أيضاً بقوله : ضمنت زيداً ، أو أنا كفيل به ، أو هو علي ، أو الي ، أو لك عندي هذا الرجل ، أو انا به زعيم ، أو قبيل به ، أو غريم أو حميل .

وأما انعقاد الكفالة بالنفس بلفظ « أنا ضامن حتى تجتمعا أو حتى تلتقيا » فقد اشتبه على المصنف في شأنه لفظ بلفظ ، أما اللفظ الذي تنعقد به الكفالة فهو « هو علي حتى تجتمعا أو تلتقيا » فيكون العقد كفالة نفس الى التقاء الطالب بغريمه ، لأن قوله : « هو علي » ضمان مضاف إلى العين ، وجعل الالتقاء غاية له .

وأما اللفظ الذي لا تنعقد به الكفالة أصلا فهو قوله : « أنا ضامن حتى تجتمعا » ، لأن قوله : « أنا ضامن » لم يذكر فيه المضمون به : هل هو النفس أو المال . وبهذا التفصيل بين اللفظين يظهر أنه ليس في مذهب الحنفية قول آخر منقول عن أبي يوسف ، وانما هناك لفظان ، فقول المصنف : « وقيل لا تنعقد ... الخ » لا محل له .

وتنعقد الكفالة بالنفس بقوله : « أنا ضامن لتعريفه » فقد التزم الكفيل أن يعرف الغريم للطالب ، وتعريفه باحضاره له ، والا فهو معروف له . ولا تنعقد بقوله : « أنا ضامن لمعرفته » لأنه لم يلتزم المطالبة بل المعرفة ، فصار كقوله : « أنا ضامن على أن أدلك عليه ، أو على منزله » ومعناه أنه ضامن لأن يعرفه ، ولا يلزم منه إحضاره للطالب .

وإذا كانت الكفالة لمدة ثلاثة أيام مثلا فانها تنعقد في الحال أبدا ، ويكون ذكر المدة لتأخير المطالبة الى شهر ، لا لتأخير الكفالة ، وهذا هو المفتى به ، ولا يطالب بالمكفول به في الحال في ظاهر الرواية . ونقل عن أبي يوسف والحسن أنه يطالب به في المدة فقط ، وبعدها يبرأ الكفيل ، كما لو ظاهر أو آلى الزوج من امرأته مدة ، فانهما يقعان فيها ، ويبطلان بمضيها . ورجح ابن عابدين هذا القول لأن الناس اليوم لا يقصدون بذلك الا توقيت الكفالة بالمدة ، وأنه لا كفالة بعدها

ومن المقرر أن مبنى ألفاظ الكفالة على العرف والعادة . وعلى هذا اذا قال الكفيل : كفلته الى شهر ، أو قال : كفلته من اليوم الى شهر أو قال : كفلته شهراً أو ثلاثة أيام : فهو كفيل في المدة التي حددها فقط في الصور الثلاث عملا بالعرف والعادة .

وان شرط الكفيل أو الطالب تسليم المكفول به في وقت معين ، لزم احضاره بالشرط ، والا حبس الحاكم الكفيل عند المماطلة ، وان غاب المكفول به وثبتت الغيبة بتصديق الطالب أو بينة من الكفيل ، أمهله الحاكم مدة الذهاب والاياب اذا أراد الكفيل السفر اليه ، فان أبى حبسه حالا بلا امهال .

ويبرأ الكفيل من كفالته اذا مات هو أو مات المكفول به ، أو سلمه الى المكفول له في موضع يمكن مقاضاته فيه أمام القاضي ، أو سلم المكفول له نفسه ، أو أتم التسليم بواسطة وكيل أو رسول عن الكفيل الى المكفول له .

وان علق ضمان المال المطلوب على شرط عدم الموافاة بالمكفول به غداً مثلا ، ثم لم ينفذ الكفيل التزامه بالموافاة مع قدرته عليه ، أو مات المطلوب ، ضمن الكفيل المال في هاتين الحالتين .

أما اذا عجز عن تسليمه لحبس أو مرض أو غاب المكفول به ولم يعلم مكانه ، فلا يلزمه المال .

* * *

كتاب الوكالة

متن تنوير الابصار

(التوكيل صحيح : وهو اقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ،فلو جهل ثبت الأدنى : وهو الحفظ ممن يملكه ، فلا يصح توكيل مجنون ، وصبي لا يعقل مطلقاً ، وصبي يعقل ، بنحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة ، وصح بما ينفعه كقبول هبة وبما تردد بين ضرر ونفع كبيع واجارة ان مأذونا ، والا توقف على اجازة وليه . ولا يصح توكيل عبد محجور ، وصح لو مأذوناً ، أو مكاتباً وتوقف توكيل مرتد ، فان أسلم ، نفذ ، وان مات أو لحق أو قتل ، لا . وتوكيل مسلم ذمياً ببيع خمر أو خنزير ، ومحرم حلالا ببيع صيد ، وان امتنع عنه الموكل لعارض ، اذا كان الوكيل يعقل العقد ،ولو صبيا أو عبداً محجورا ، بكل ما يباشره بنفسه ، فصح بخصومة في حقوق العباد برضا الخصم الا أن يكون مريضاً ، أو غائباً مدة سفر ، أو مريداً له ، أو مخدرة ، أو حائضاً والحاكم بالمسجد ، أو محبوساً من غير حاكم الخصومة ، أو لا يحسن الدعوى ، لا إن كان شريفاً خاصم من دونه ، وله الرجوع عن الرضا قبل سماع الحاكم الدعوى .

ولو اختلفا في كونها مخدرة : ان من بنات الأشراف ، فالقول لها مطلقاً وإن من الأوساط ، فالقول لها لو بكرا ، وإن من الأسافل فلا في الوجهين .

---

١) راجع رد المختار على الدر المختار : ٤ ص ٤١٥ وما بعدها .

وصح بايفائها وباستيفائها الا في حد وقود . وحقوق عقد لا بد من اضافته : الى الوكيل ، كبيع واجارة وصلح عن إقرار يتعلق به ان لم يكن محجوراً ، كتسليم مبيع وقبضه وقبض ثمن مرجوع به عند استحقاقه وخصومة في عيب ، بلا فصل بين حضور موكله وغيبته . وشرط الموكل عدم تعلق الحقوق به لغو .

والملك يثبت للموكل ابتداء ، فلا يعتق قريب الوكيل بشرائه ، ولا يفسد نكاح زوجته به ، وهما على الموكل لو اشترى وكيله قريب موكله أو زوجته .

وفي كل عقد لابد من اضافته الى موكله كنكاح وخلع وصلح عن دم عمد أو عن انكار وعتق على مال وكتابة وهبة وتصدق واعارة وايداع ورهن واقراض تتعلق بموكله ، فلا مطالبة عليه بمهر وتسليم ، وللمشتري الاباء عن دفع الثمن للموكل وإن دفع له صح ، ولو مع نهي الوكيل ، ولا يطالبه الوكيل ثانياً ، ومثله مأذون لا دين عليه مع مولاه .

شرح
الدر المختار

مشروعية الوكالة :

(التوكيل صحيح) بالكتاب والسنة ، قال تعالى : « فابعثوا أحدكم بورقكم »[1] ووكل عليه الصلاة والسلام حكيم بن حزام بشراء أضحية [2] .

---

(١) الورق : الفضة .

(٢) رواه ابو داود بسند فيه مجهول ، ورواه الترمذي عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم ،وقال: لا نعرفه الا من هذا الوجه . وحبيب لم يسمع عندي من حكيم ، الا أن هذا داخل في الارسال عندنا ، فيصدق قول المصنف أي صاحب الهداية : صح اذ كان حبيب اماماً ثقة. (فتح القدير : ٦ ص ١٠٣) .

وعليه الاجماع .

نوعا الوكالة :

وهو خاص ، وعام كأنت وكيلي في كل شيء حتى الطلاق ، قال الشهيد وبه يفتى [1] ، وخصه أبو الليث بغير طلاق وعتاق ووقف ، واعتمده في الأشباه ، وخصه قاضيخان بالمعاوضات ، فلا يلي العتق والتبرعات ، وهو المذهب ، كما في تنوير الأبصار وزواهر الجواهر . وسيجيء أن به يفتى ، واعتمده في الملتقط ، فقال : وأما الهبات والعتاق فلا يكون وكيلا عند أبي حنيفة ، خلافاً لمحمد . وفي الشرنبلالية : ولو لم يكن للموكل صناعة معروفة فالوكالة باطلة [2] .

تعريف الوكالة :

(وهو اقامة الغير مقام نفسه) ترفها أو عجزاً (في تصرف جائز معلوم ، فلو جهل [3] ثبت الأدنى : وهو الحفظ ممن يملكه) أي التصرف نظراً الى أصل التصرف ، وان امتنع في بعض الأشياء بعارض النهي [4] . ابن كمال .

---

(١) المفتى به على الراجح : هو ان الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء الا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة .

(٢) المنقول عن الشرنبلالية ليس مما يتناسب مع الكلام عن حكم الوكالة العامة ، لأن صورة البطلان ليست في قوله : « أنت وكيلي في كل شيء » كما بنى عليه الشارح هذه العبارات ، بل في غيرها ، وهي : « وكلتك في جميع أموري » فينظر : ان كان الرجل ليس له صناعة معروفة فالوكالة باطلة ، وان كان الرجل تاجراً تجارة معروفة تنصرف اليها .

(٣) أي التصرف كما لو قال : وكلتك بمالي .

(٤) ينظر للتصرف الموكل به الى ما يملكه الموكل بحسب الاصل العام ، وان كان لا يملكه لمانع ، فيجوز توكيل المسلم ذمياً ببيع خمر أو خنزير ،وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيد ، مع أن الموكل في الواقع لا يجوز له شرعاً ممارسة هذا التصرف .

من لا يصح توكيله لغيره :

(فلا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل مطلقا ، وصبي يعقل ب)تصرف [1] ضار (نحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة ، وصح بما ينفعه) بلا اذن وليه(كقبول هبة و) صح (بما تردد بين ضرر ونفع كبيع واجارة ان مأذوناً [2] ، والا توقف على اجازة وليه) كما لو باشره بنفسه .

(ولا يصح توكيل عبد محجور ، وصح لو مأذونـــاً أو مكاتباً ، وتوقف توكيل مرتد [3] ، فإن أسلم نفذ ، وان مـــات أو لحق أو قتل ، لا) خلافاً لهما .

التوكيل ببيـع المنهي عنه شرعاً :

(و) صح (توكيل مسلم ذمياً ببيـع خمر أو خنزير) وشرائهما كما مر في البيـع الفاسد (ومحرم حلالا ببيع صيد ، وان امتنع عنه الموكل لعارض) النهي كما قدمنا ، فتنبه .

شرط الوكيل :

ثم ذكر شرطِ التوكيل ، فقال : (اذا كان الوكيل يعقل العقـد [4] ولو صبيا ، أو عبداً محجوراً [5]) لا يخفى أن الكلام الآن في صحـة الوكالة لا في

---

(١) بتصرف متعلق بتوكيل .
(٢) اي ان كان الصبي الموكل مأذوناً له في التجارة .
(٣) توكيل المرتد لغيره موقوف على اسلامه أو موته أو لحاقه بدار الحرب أو قتله بردته ، بخلاف توكله عن غيره .
(٤) أي يعقل أن البيـع سالب للمبيـع ، جالب للثمن ، وأن الشراء بلعكس .
(٥) محجوراً صفة لكل من الصبي والعبد .

صحة بيع الوكيل ، فلذا لم يقل : « ويقصده » [1] تبعاً للكنز [2] .

ضابط الموكل فيه :

ثم ذكر ضابط الموكل فيه ، فقال : (بكل ما يباشره) الموكل (بنفسه) لنفسه ، فشمل الخصومة ، فلذا قال : (فصح بخصومة في حقوق العباد برضا الخصم (٣) وجوازه بلا رضاه (٤) ، وبه قالت الثلاثة (٥) ، وعليه فتوى أبي الليث وغيره ، واختاره العتابي ، وصححه في النهاية ، والمختار للفتوى : تفويضه للحاكم (٦) . درر . (الا أن يكون) الموكل (مريضاً) لا يمكنه حضور مجلس الحكم بقدميه . ابن كمال (أو غائباً مدة سفر ، أو مريداً له) ويكفي قوله : أنا أريد السفر . ابن كمال (أو مخدرة) لم تخالط الرجال ، كما مر (أو حائضاً) أو نفساء (والحاكم بالمسجد) إذا لم يرض الطالب بالتأخير . بحر (أو محبوساً من غير حاكم) هذه (الخصومة) فلو منه ، فليس بعذر . بزازية بحثاً (٧) (أو لا يحسن الدعوى) خانية (لا) يكون من الأعذار : (إن

---

(١) أي ويقصد البيع ، احترازاً عن بيع الهازل والمستكره ، وهذا شرط في صحة العقد لا شرط صحة الوكالة .

(٢) أي أنه تبع كتاب الكنز في عدم قول ذلك .

(٣) برضا الخصم : أي سواء أكان الطالب أو المطلوب .

(٤) لا خلاف بين الحنفية في الجواز ، وانما الخلاف في اللزوم : هل ترتد الوكالة برد الخصم ؟ ترتد عند أبي حنيفة ، وعند الصاحبين : لا ترتد .

(٥) الثلاثة : أي أئمة الحنفية الثلاثة .

(٦) جاء في كتاب الزيلعي : ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في الاباء عن قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك ، وان علم من الموكل قصد الاضرار لخصمه ، لا يقبل منه التوكيل الا برضاه .

(٧) أي ليس نصاً .

كان) الموكل (شريفاً خاصم من دونه) بل الشريف وغيره سواء . بحر (وله الرجوع عن الرضا قبل سماع الحاكم الدعوى) لا بعده . قنية . (ولو اختلفا في كونها مخدرة : إن من نبات الاشراف فالقول لها مطلقاً) ولو ثيبا ، فيرسل أمينه ليحلفها مع شاهدين . بحر ، وأقره المصنف (وإن من الأوساط فالقول لها لو بكرا ، وإن) هي (من الأسافل ، فلا في الوجهين) (١) عملا بالظاهر بزازية .

الوكالة بالإيفاء والاستيفاء :

(و) صح (بايفائها و) كذا بـ (استيفائها الا في حد وقود) بغيبة موكله عن المجلس . ملتقى .

المسئول عن حقوق العقد :

(وحقوق العقد لا بد من اضافته) أي ذلك العقد (الى الوكيل كبيع واجارة وصلح عن اقرار : يتعلق به[٢]) مادام حيا ، ولو غائبا[٣] . ابن ملك (ان لم يكن محجوراً[٤] كتسليم مبيع وقبضه ، وقبض ثمن ، ورجوع به عند استحقاقه[٥] ، وخصومة في عيب[٦] ، بلا فصل بين حضور موكله وغيبته) لأنه

---

(١) أي فيما اذا كانت بكراً او ثيباً .

(٢) أي أن كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه ، فحقوق ذلك تتعلق بالوكيل دون الموكل .

(٣) يترتب عليه أن الوكيل اذا باع وغاب لا يكون للموكل قبض الثمن ، وكذلك اذا مات تنتقل الحقوق الى وصيه

(٤) أي ان لم يكن الوكيل محجوراً ،فان كان محجوراً كالعبد والصبي المحجورين فتتعلق حقوق العقد بالموكل .

(٥) هذا يشمل حالتين : الأولى : (اذا كان الوكيل بائعاً وقبض الثمن من المشتري ثم استحق المبيع ، فان المشتري يرجع بالثمن على الوكيل . الثانية : اذا كان الوكيل مشتريا ، فاستحق المبيع من يده ،فانه يرجع بالثمن على البائع دون موكله .

(٦) هذا شامل أيضاً حالتين : ما إذا كان بائعاً فيرده المشتري عليه ، وما اذا كان مشتريا فيرده الوكيل على بائعه اذا كان في يده .

العاقد حقيقة وحكما ، لكن في الجوهرة : لو حضرا فالعهدة على آخذ الثمن ، لا العاقد في أصح الأقاويل . ولو أضاف العقد الى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل اتفاقاً . ابن ملك . فقوله « لا بد » فيه ما فيه ، ولذا قال ابن الكمال : يكتفي[1] بالاضافة الى نفسه . فافهم .

(وشرط الموكل عدم تعلق الحقوق به) أي بالوكيل (لغو) باطل ، جوهرة .

من يثبت الملك له ؟ : (والملك يثبت للموكل ابتداء) في الأصح (فلا يعتق قريب الوكيل بشرائه ، ولا يفسد نكاح زوجته به و) لكن (هما) ثابتان على الموكل لو اشترى قريب موكله ، أو زوجته) لأن الموجب للعتق والفساد : الملك المستقر[2]

متى ترجع حقوق العقد للموكل ؟ :

(وفي كل عقد لا بد من اضافته الى موكله) يعني لايستغني عن الاضافة الى موكله ، حتى لو أضافه الى نفسه لا يصح[3] . ابن كمال (كنكاح وخلع وصلح عن دم عمد ، أو عن انكار [4] ، وعتق على مال ، وكتابة ، وهبة ، وتصدق واعارة ، وايداع ، ورهن ، واقراض) وشركة ، ومضاربة . عيني : (تتعلق بموكله) لا به ، لكونه فيها سفيراً محضاً[5] ، حتى لو أضافه لنفسه ، وقع

---

(١) أي من غير لزوم ، خلافاً لما يتبادر من عبارة « لا بد » .

(٢) هذا التعليل لايناسب كلام المصنف ، بل هو جار على القول الثاني من أنه يثبت للوكيل ابتداء ثم ينتقل الى الموكل .

(٣) أي لا يصح على الموكل .

(٤) هذا الصلح لا تصح اضافته الى الوكيل بخلاف الصلح عن اقرار ، فانه تصح اضافته الى كل منهما .

(٥) السفير : الرسول والمصلح بين القوم ، وهو يضيف مهمته الى موكله فيقول مثلا : خالعك موكلي بكذا وكذا .

النكاح له ، فكان كالرسول (فلا مطالبة عليه) في النكاح (بمهر وتسليم) للزوجة (والمشتري الاباء عن دفع الثمن للموكل(١) ، وان دفع له (صح ولو مع نهي الوكيل) استحساناً (ولا يطالبه الوكيل ثانياً) لعدم الفائدة . نعم تقع المقاصة(٢) بدين الوكيل لو وحده ، ويضمنه لموكله ، بخلاف وكيل يتيم وصرف(٣) . عيني . (ومثله) أي مثل الوكيل : عبد (مأذون لا دين عليه ، مع مولاه) فلا يملك قبض ديونه ، ولو قبض صح استحساناً ، ما لم يكن عليه دين ، لأنه للغرماء . بزازية .

(فرع) : التوكيل بالاستقراض باطل ، لا الرسالة . درر . والتوكيل بقبض القرض صحيح . فتنبه .

تحليل النص

عقد الوكالة مشروع بالقرآن والسنة واجماع الأمة لاحتياج الناس اليه دائماً ، فليس كل امرىء قادراً دائماً على مباشرة أموره كلها بنفسه ؛ وذلك أمر ملموس مشاهد يومياً .

وهناك فرق بين الوكيل والرسول وهو أن الرسول مجرد سفير ومعبر عن كلام

---

(١) أي لكونه أجنبياً عن العقد وحقوقه ، لأن الحقوق ترجع الى العاقد الوكيل أصالة .

(٢) في الأمر تفصيل : لوكان المشتري دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد بوصول الحق اليه بطريق التقاص ، ولو كان له دين على الوكيل والموكل تقع المقاصة بدين الموكل دون الوكيل ، ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ، ويضمن الوكيل الموكل ماله ، لأنه قضى دينه بمال الموكل .

(٣) قوله « بخلاف » متعلق بقول المصنف « وان دفع له صح » ومعناه : اذا باع وكيل اليتيم أي وصيه مالا لليتيم ، ودفع المشتري الثمن الى اليتيم ، فلا تبرأ ذمته ، بل يجب عليه أن يدفع الثمن الى الوصي ، لأن اليتيم ليس له قبض ماله أصلا . وكذا الوكيل في الصرف اذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف ، فيبطل الصرف ولا يعتد بقبضه .

الأصيل ، فلا يستغني عن اضافة العقد الى الموسل ، أما الوكيل فلا يضيف العقد الى الموكل الا في مواضع كالنكاح والخلع والهبة والرهن . مثال الأول أن يقول : باع فلان منك كذا ، ومثال الثاني : بعتك كـــذا ؛ وصورة التوكيل : وكلتك بكذا ، وصورة الرسالة : أرسلتك لقبض كذا .

والوكيل : إما خاص أو عام ، والوكيل العام يملك ممارسة كل التصرفات عن موكله الا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتى به ، قال ابن عابدين : ولا يملك الابراء والحط عن المدين ، لأنها من قبيل التبرع . كذلك لاينبغي أن يملك الاقراض والهبة بشرط العوض ، لأنــه لا يملكهما الا من يملك التبرعات ، وكذا لايجوز اقراض الوصي مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض ، وان كانت معاوضة في النهاية .

والوكالة لغة : اسم من التوكيل ، وهو التفويض ، وشرعاً : اقـــامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم .

وشرط الموكل : أن يكون مالكاً للتصرف الذي يوكل فيه ، والا لم يصح التوكيل ، لأنــه لا يعقل أن يكون له تمليك الغير مـالا يملك هو نفسه ، فلا يصح التوكيل من المجنون ، ولا من الصبي غـــير المميز ، ولا الصبي المميز في التصرفات الضارة به كالطلاق والهبة ، أمـا التصرفات النافعـة له كقبول الهبة ، فيصح توكيل الغير بها . وأما التصرفـات التي تحتمل الضرر والنفع كالبيـع والشراء والاجارة ، فيصح التوكيل منه ان كان مأذونا له في التجـارة ، والا توقف على اجازة وليه أو وصيه .

وشرط الوكيل : أن يكون عاقلا ، فلا يصح أن يكون مجنوناً أو معتوهاً أو صبيـاً غير مميز ، ويصح كون الوكيل صبيا مميزاً أو عبداً غير محجورين عن التصرفات ، لأن البلوغ والحرية ليسا شرطين لصحة الوكالة عند الحنفية .

وضابط ما يجوز التوكيل فيه عموماً هو : «كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه ، جاز أن يوكل به غيره »(١) وبعبارة أعم « يصح التوكيل بكل ما يباشره الموكل بنفسه » فيصح التوكيل بالخصومة والتقاضي ، وبالبيع والشراء وكل عقد يحتاج اليه الانسان في معاملاته مع الناس ، كما يجوز التوكيل في اثبات الدين والعين وسائر الحقوق ، وفي قضاء الدين وطلب الشفعة ، وفي القسمة والصلح والهبة والصدقة ، والرهن والارتهان ، والاعارة والاستعارة ، والزواج والطلاق ونحو ذلك ، الا أنه يستثني من جواز التوكيل بايفاء الحقوق واستيفائها : التوكيل باستيفاء الحد والقصاص ، فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس ، لأنها يندرئان بالشبهات ، وشبهة العفو ثابتة حال غيبة صاحب الحق ، أما اذا كان حاضراً فان الشبهة تنتفي ، فلا يجوز اذاً استيفاء الحد أو القصاص مع وجود شبهة العفو .

وكذلك قرر أبو حنيفة أنه لا يلزم التوكيل بالخصومة ، سواء أكان من قبل الطالب أو المطلوب الا برضا الخصم ، ويستوي فيه الشريف والوضيع والرجل والمرأة والبكر والثيب ، الا أن يكون الموكل مريضاً لا يمكنه الحضور الى المحكمة ماشياً ، أو كان غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا ، أو مريدا سفرا ، أو كانت امرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضورالمحاكم ، أو كانت معذورة بسبب الحيض أو النفاس والقاضي جالس في المسجد ، أو كان الموكل محبوساً بتهمة أدانه فيها حاكم آخر ، أو كان لايحسن الادعاء والتقاضي ، ففي هذه الحالات يلزم التوكيل عند أبي حنيفة ولو بدون رضا الخصم .

وقال الصاحبان : يلزم التوكيل مطلقاً بغير رضا الخصم ، واختار هذا القول

---

(١) القدوري مع اللباب : ٢ ص ١٣٨ .

جماعة من الحنفية . وقال بعضهم : والمختار في هذه المسألة : أن القاضي اذا علم التعنت من الخصم ، يقبل توكيله من غير رضاه ، واذا علم أن الموكل قصد اضرار خصمه لايقبل .

هذا الخلاف منحصر في لزوم التوكيل وعدم لزومه ، أمـــا في الجواز فلا خلاف بين الحنفية في جواز التوكيل بغير رضا الخصم .

وحكم العقد (وهو الغرض الرئيسي والغاية منه) يثبت مباشرة للموكل ، ففي عقد البيـع والشراء يكون الحـكم (وهو ملكية المبيـع للمشتري ، وملكية الثمن للبائع) ثابتاً مباشـــرة للموكل ، حتى لا يعتق قريب الوكيل عليه اذا اشتراه لموكله ، كما لا يفسد الزواج اذا اشترى زوجته بالوكالة .

وأما حقوق العقد (وهي الأعمال التي لا بد منها لتنفيـــذ مقتضى العقد) كتسليم المبيـع ، وقبض الثمن ، والرد بالعيب أو بالخيار ، وضمان رد الثمن اذا استحق المبيـع مثلا ، فان العقود بشأنها تختلف على التفصيل التالي :

١ – ان كان العقد من العقود التي يضيفها الوكيل الى نفسه – مثل البيـع والاجارة والصلح عن اقرار في المنازعات المالية – فحقوق ذلك العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل ، فيسلم المبيـع ، ويقبض الثمن ، ويطالب بالثمن اذا اشترى ، ويقبض المبيـع ، ويخاصم بالعيب ان كان المبيـع في يده فكأن الوكيل هو المالك ، لأنه هو العاقد حقيقة وحكماً (١) ، ويعتبر المالك بالنسبة لتلك الحقوق كالأجنبي فللمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن له ، فإن دفعه اليه جاز ، ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانياً لعدم الفائدة ، لأنه لو أخذ منه لوجب الاعادة .

---

(١) كونه عاقداً حقيقة لأن العقد يقوم بكلامه ، وكونه عاقداً حكماً لأنه يستغني عن اضافة العقد الى موكله .

٢ — وان كان العقد من العقود التي لا بد من اضافتها الى الموكل - كالنكاح والطلاق على مال والخلع والصلح عن دم العمد أو الصلح عن انكار ونحوها — فالحقوق ترجع للموكل دون الوكيل الذي يعتبر في هذه العقود مجرد سفير ومعبر محض عن الموكل. ويترتب على ذلك أنه ليس للزوجة أن تطالب وكيل الزوج بالمهر، بل تطالب الزوج نفسه، الا اذا ضمن وكيل الزوج المهر، فلها أن تطالبه به بحكم ضمانه، لا وكالته، وكذلك لا يملك وكيل الزوجة قبض المهر. والوكيل بالخلع لا يطالب ببدله ان كان وكيلا عن الزوجة الا اذا ضمنه، ولا يطالب به الزوجة ان كان وكيلا عن الزوج. والوكيل بالصلح ليس له أن يطالب ببدله، ان كان وكيلا عن المدفوع له، أو الدافع. وهكذا بقية حقوق هذه الزمرة من العقود.

ويلاحظ أن التوكيل بالاستقراض لا يصح، لأن المسؤول عن حقوق عقد القرض هو المقترض حقيقة، والتوكيل يجعل الوكيل هو المسؤول، لذا يجوز الاستقراض بالرسالة، وأما التوكيل بقبض القرض فهو صحيح بأن يقول الرجل: أقرضني، ثم يوكل رجلا بقبض القرض.

باب حد الشرب

المتن:

(يحد مسلم ناطق مكلف شرب الخمر ولو قطرة، أو سكر من نبيذ طوعاً بعد الافاقة اذا أخذ وريح ما شرب موجودة الا ان تنقطع لبعد المسافة، ولا يثبت بها ولا بتقايئها، بل بشهادة رجلين يسألهما الامام عن ماهيتها وكيف شرب

---

(١) راجع الدر المختار بهامش رد المختار: ٣ ص ١٧٧ — ١٨٢.

ومتى شرب وأين شرب ، او باقراره مرة صاحياً ثمانين سوطا للحر ، ونصفها للعبد وفرق على بدنه كحد الزنا ، فلو أقر سكران او شهدوا بعد زوال ريحها او أقر كذلك أو رجع عن إقراره لا ، والسكران : من لا يفرق بين السماء والارض . وقالا : من يختلط كلامه ، ويختار للفتوى .

ولو ارتد السكران لا تحرم عرسه . اقيم عليه بعض الحد فهرب ، وشرب ثانياً يستأنف الحد) .

باب حد الشرب المحرم

الشرح :

الشارب الذي يحد :

(يحد مسلم) فلو ارتد فسكر فأسلم لا يحد ، لانه لا يقام على الكفار[1] ظهيرية ، لكن في منية المفتي : سكر الذمي من الحرام حد في الاصح لحرمة السكر في كل ملة (٢) (ناطق) فلا يحد أخرس للشبهة (٣) (مكلف) طائع غير مضطر (٤) (شرب الخمر ولو قطرة) بلا قيد : سكر (أو سكر من نبيذ) ما (٥) ، به يفتى (طوعا) عالما بالحرمة حقيقة أو حكماً بكونه في

---

(١) أي أن الكافر ليس أهلا لقيام حد الشرب عليه ، بخلاف الزنا والسرقة ، فانه يحد بهما .

(٢) في هذا التعليل نظر ، فليس السكر محرماً في كل ملة . ولذا فا لمعتمد في المذهب انه لا يحد الذمي بالسكر من شرب الخمر .

(٣) أي دفعا للشبهة ، لأنه لو كان ناطقاً يحتمل أن يخبر بما لا يحد به .

(٤) أما المضطر كأن يشرب للعطش المهلك مقدار ما يرويه فسكر فلا يحد ، لانه سكر بأمر مباح .

(٥) أي سكر من أي شراب غير الخمر ، اما الخمر فلا يشترط فيه السكر ، والتعميم في المسكر غير الخمر هو مذهب محمد خلافاً للشيخين ، وبرأيه يفتى لحديث « ما أسكر كثيره فقليله حرام » .

دارنا ، لما قالوا : لو دخل حربي دارنا فأسلم ، فشرب الخمر جاهلا بالحرمة لايحد ، بخلاف الزنا لحرمته في كل ملة . قلت : يرد عليه (١) حرمة السكر أيضاً في كل ملة ، فتأمل . (بعد الافاقة) فلو حد قبلها فظاهره أنه يعاد . عيني (اذا أخذ) الشارب (٢) (وريح ماشرب) من خمر او نبيذ . فتح ، فمن قصر الرائحة على الخمر فقد قصر (موجودة) خبر الريح ، وهو مؤنث سماعي (٣) . غاية (الا أن تنقطع) الرائحة (لبعد المسافة) وحينئذ فلا بد أن يشهدا بالشرب طائعاً ، ويقولا : أخذناه وريحها موجودة (٤) .

عدم ثبات الشرب بالرائحة وانما بالشهادة :

(ولا يثبت) الشرب (بها) بالرائحة (ولا بتقايئها ، بل بشهادة رجلين يسألهما الامام عن ماهيتها (٥) وكيف شرب) لاحتمال الاكراه (ومتى شرب) لاحتمال التقادم (٦) (واين شرب) لاحتمال شربه في دار الحرب ، فاذا بينوا ذلك

---

(١) أي يعترض على هذه التفرقة بين الزنا وشرب الخمر ، فانه يفهم منها ان الشرب لا يحرم في كل ملة مع أنه مناف لما ذكره قبل ذلك . ويمكن دفع أصل الاعتراض بمنع حرمة السكر في في كل ملة كما أشرنا .

(٢) هذا شرط لقوله سابقاً « يحد مسلم الخ » والمراد بأخذه أخذه الى الحاكم .

(٣) المؤنث السماعي : هو مالم يقترن لفظه بعلامة تأنيث ، ولكنه سمع مؤنثاً .

(٤) المقصود من ذلك : انه لا يثبت الشرب عند الحاكم بالشهادة الا اذا كنت الريح قائمة عند الشهادة وهوان يشهد بوجود الرائحة وبالشرب ، او يشهدا بالشرب ثم يأمر القاضي باستنكاهه .

(٥) يسأل الشهود عن ماهية الشرب لاحتمال اعتقادهم ان باقي الاشربة خمر .

(٦) التقادم عند الشيخين مقدر بزوال الرائحة وهو المعتمد ، وعند محمد مقدر بلزمان وهو شهر ، والحاصل أن التقادم يمنع قبول الشهادة اتفاقاً ، ولا يمنع قبول الاقرار وهو قول محمد وهو الصحيح .

حبسه حتى يسأل عن عدالتهم ، ولا يقضي بظاهرها في حد ما . خانية . ولو اختلفا في الزمان أو شهد احدهما بسكره من الخمر ، والآخر من السكر لم يحد ، ظهيرية .

ثبوت الشرب بالاقرار :

(أو) يثبت (باقراره مرة صاحيا) .

مقدار الجلد :

(ثمانين سوطاً) متعلق بيحد (للحر ونصفها للعبد ، وفرق على بدنه كحد الزنا) كما مر . (فلو أقر سكران (١) أو شهدوا بعد زوال ريحها) لا لبعد المسافة (أو أقر كذلك (٢) أو رجع عن اقراره لا) يحد ، لانه خالص حق الله تعالى ، فيعمل الرجوع فيه ، ثم ثبوته (٣) باجماع الصحابه ولا اجماع الا برأي عمر وابن مسعود رضي الله عنهم اجمعين ، وهما شرطا قيام الرائحة .

حقيقة السكران :

(والسكران : من لا يفرق بين) الرجل والمرأة (والسماء والارض ، وقالا (٤) : من يختلط كلامه) غالباً ، فلو نصفه مستقيماً فليس بسكران . بحر (ويختار للفتوى) لضعف دليل الامام . فتح .

---

(١) أي اقر السكران على نفسه بالحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة ، فلا يحد.

(٢) أي أقر السكران بعد زوال الرائحة ،وهذا مبني على قول ابي حنيفة وابي يوسف أن التقادم المقدر بزوال الرائحة يبطل الاقرار .

(٣) هذا بيان لدليل الشيخين على اشتراط قيام الرئحة وقت الاقرار ،فعند عدم قيامها ينتفي الحد لعدم وجود ما يدل عليه لان الاجماع لم يكتمل الا بقول من اشترط قيام الرائحة ،وقد عرفنا ان الصحيح قول محمد بعدم اشتراط قيام الرائحة وقت الاقرار.

(٤) وقالا : أي الصاحبان ، وقولهما هو المعتمد .

اثر ردة السكران :

(ولو ارتد السكران) لم يصح (١) فـ (لا تحرم عِرْسه) وهذه احدى المسائل السبع (٢) المستثناة من أنه كالصاحي كما بسطه المصنف معزياً للاشباه وغيرها .

حرمة الحشيش والافيون :

ونقل في الاشربة عن الجوهرة : حرمة اكل بنج وحشيشة وأفيون ، لكن دون حرمه الخمر (٣) ، ولو سكر بأكلها لا يحد ، بل يعزر . انتهى ،وفي النهر : التحقيق ما في الغاية ان البنج مباح (٤) ، لانه حشيش (٥) ، أمـا السكر منه فحرام .

هرب المحدود :

(أقيم عليه بعض الحد فهرب) ثم أخذ بعد التقادم لا يحد ، لما مر أن الامضاء

---

(١) لم يصح : أي لم يصح ارتداده أي لم يحكم به ، لأن الكفر من باب الاعتقاد او الاستخفاف ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف . فلا تحرم عرسه أي زوجته بسبب الردة بخلاف الطلاق.

(٢) المسائل السبع التي يختلف فيها السكران عن الصاحي هي : لا تصح ردتـه ، ولا اقراره بالحدود الخالصة ، ولا اشهاده على شهادة نفسه ، ولا تزويجه الصغيرة بأكثر من مهر المثل أوالصغيرة باقل ، ولا تطليقه زوجة منوكله بتطليقها حين صحوه ، ولا بيعه متاع منوكله بالبيع صاحيا ، ولا رد الغاصب عليه ما غصبه منه قبل سكره ،وتعقب هذا الذي في الاشباه في مسألة الوكالة بالتطليق بان الصحيح الوقوع وبأن الغاصب يبرأ من الضمان برد المغصوب عليه.

(٣) أي لان حرمة الخمر قطعية يكفر منكرها بخلاف هذه .

(٤) قيل : ان هذا عند الشيخين . أما عند محمد فما اسكر كثيره فقليله حرام وعليه الفتوى .

(٥) لا معنى لهذا التعليل الا ان يراد بأنه من الجامدات لا من المائعات التي فيها الخـلاف في ان قليلها حرام او لا حرام .

من القضاء في باب الحدود (١) (ولو شرب) أو زنى (ثانياً (٢) يستأنف الحد) لتداخل المتحد كما سيجيء .

فرع في ضمان السكران :

(فرع) سكران او صاح جمح به فرسه ، فصدم انساناً ، فمات ، ان قادراً على منعه ، ضمن ، والا لا (٣)،مصنف عمادية (٤) .

تحليل النص

يحد المسلم الناطق البالغ العاقل الذي شرب ولو قطرة من خمر ، أو سكر من شرب أي نبيذ من الأنبذة ، وذلك في حال الطواعية والاختيار ، وبذا يكون هناك فرق بين الخمر وغيرها . فلا يشترط في الخمر الوصول الى حد السكر بخلاف بقية الاشربة غير الخمر كالمتخذ من العسل والتين وشعير ونحوها . ويثبت الشرب عند القاضي بشهادة رجلين عدلين مع وجود رائحة الخمر حال الشهادة ، كما يثبت باقرار الشارب ، فلو رجع عن إقراره ، لا يحد لانه حد خالص لله تعالى .

ومقدار الجلد ثمانون سوطاً بالنسبة للحر ونصفها بالنسبة للعبد ، والضابط الذي يميز السكران عن غيره في حال شرب الخمر وغيره : هو من يختلط كلامه غالباً بحيث يكون اكثر من نصف الكلام هذيانا أو غير معقول .

ولاتصح ردة السكران ولا تبين منه امرأته بالردة ، ولكن ان طلقها فيقع طلاقه . ويسقط الحد اذا هرب المحدود بعد اقامة بعض الحد ، سواء أكان الحد حد زنا أو سرقة أو شرب ، فان تكرر موجب الحد من المحدود مرة ثانية يحد أيضاً .

ويحرم تعاطي البنج والحشيش والأفيون ، ويعزر آكلها ولا يحد .

---

(١) المقصود من ذلك ان التقادم كما يمنع قبول الشهاد في الابتداء يمنع اقامة الحد بعد القضاء ، لأن تنفيذ الحد من القضاء ، والظاهر ان هذا تفريع على قول محمد في التقادم .

(٢) أي قبل اكمال الحد او قبل اقامة شيء منه .

(٣) أي لا يضمن ، لان فعل الدابة غير مضاف اليه .

(٤) أي نقله المصنف عن العمادية .

كتاب السرقة [1]

المتن :

(هي أخذ مكلف ناطق بصير عشرة دراهم جياد أو مقدارها مقصودة ظاهرة الاخراج خفية من صاحب يد صحيحة ، مما لا يتسارع اليه الفساد في دار العدل من حرز لا شبهة ولا تأويل فيه ، فيقطع ان اقر بها مرة طائعاً ، او شهد رجلان ، وسألهما الامام : كيف هي ، واين هي ، وكم هي ، وممن سرق ، وبيناها .

وصح رجوعه عن اقراره بها ، فان اقر بها ، ثم هرب فان في فوره لا يتبع ، بخلاف الشهادة ، ولا قطع بنكول ، واقرار مولى على عبده بها ، وان لزم المال ولا يفتى بعقوبته . قضى بالقطع ببينة أو اقرار ، فقال المسروق منه : هذا متاعه لم يسرقه مني ، أو قال : شهد شهودي بزور أو أقر هو بباطل وما أشبه ذلك ، فلا قطع ، كما لو شهد كافران على كافر ومسلم بها في حقهما .

تشارك جمع وأصاب كلا قدر نصاب ، قطعوا ، وان أخذ المال بعضهم . وشرط للقطع حضور شاهديها وقته كحضور المدعي ، حتى لو غابا أو ماتا لاقطع) .

الشرح :

تعريف السرقة :

(هي) لغة : أخذ الشيء من الغير خفية ، وتسمية المسروق سرقة مجاز [1]

---

(١) راجع الدر المختار بها مش رد المحتار : ٣ ص ٢١٠ وما بعدها .

(٢) أي من اطلاق المصدر وارادة اسم المفعول ، كالخلق بمعنى المخلوق .

وشرعاً باعتبار الحرمة : اخذه كذلك بغير حق نصاباً أم لا ، وباعتبار القطع(١) :

(أخذ مكلف) ولو انثى ، أو عبداً أو كافراً أو مجنوناً حال افاقته (ناطق بصير) فلا يقطع اخرس لاحتمال نطقه بشبهة ، ولا أعمى لجهله بمال غيره (عشرة دراهم) لم يقل : مضروبة (٢) لما في المُغرب : الدراهم : اسم للمضروبة . (جياد أو مقدارها) فلا قطع بنقرة (٣) وزنها عشرة لا تساوي عشرة مضروبة ، ولا بدينار (٤) قيمته دون عشرة . وتعتبر القيمة وقت السرقة ووقت القطع ومكانه بتقويم عدلين لهما معرفة بالقيمة ، ولا قطع عند اختلاف المقومين (٥) ، ظهيرية (مقصودة) بالأخذ ، فلا قطع بثوب قيمته دون عشرة ، وفيه دينار أو دراهم مصرورة الا اذا كان وعاء لها عادة (٦) تجنيس (٧) .

(ظاهرة الاخراج) فلو ابتلع ديناراً في الحرز ، وخرج لم يقطع ، ولا ينتظر تغوطه ، بل يضمن مثله ، لانه استهلكه ، وهو سبب الضمان للحال .

(خفية) ابتداء وانتهاء (٨) لو الأخذ نهاراً ، ومنه : ما بين العشاءين ، وابتداء

---

(١) يعني أن للسرقة في الشرع تعريفين : تعريفاً باعتبار كونها محرمة ، وتعريفاً باعتبار ترتب حكم شرعي عليها وهو القطع .

(٢) أي مع ان ذلك شرط للقطع في ظاهر الرواية أي المعتمد عند الحنفية وهو رأي الكرخي .

(٣) النقرة هي القطعة المذابة من الذهب والفضة ، والمراد هنا الفضة . فالمهم ان تكون الفضة المسروقة وزنها عشرة دراهم مسكوكة ، فالفضة غير المسكوكة ، يعتبر فيها الوزن والقيمة أي كون وزنها عشرة تساوي عشرة مسكوكة ، فلا قطع لو نقص الوزن عن عشرة وان بلغ قيمة المسكوكة .

(٤) يفهم من ذلك ان غير الدراهم يقوم بها وان كان ذهباً ، لأن الدينار من الذهب .

(٥) أي بأن قومه عدلان بنصاب ، وعدلان آخران بأقل منه .

(٦) وذلك لأن القصد فيه يقع على سرقة الدراهم ، فلو سرق كيساً فيه دراهم يقطع وان كان الكيس يساوي درهماً .

(٧) اسم كتاب اعتمد عليه في النقل .

(٨) أن يكون السارق في حال الخفية في ابتداء السرقة حتى انتهائها بالخروج من المكان المسروق منه .

فقط لو ليلا (١) . وهل العبرة (٢) لزعم السارق أو لزعم أحدهما ؟ خلاف .

شرط المسروق منه :

(من صاحب يد صحيحة) فلا يقطع السارق من السارق (٣) . فتح (مما لا يتسارع اليه الفساد) . كلحم وفواكه . مجتبى .

شرط المسروق :

ولا بد من كون المسروق متقوماً (٤) ، فلا قطع بسرقة خمر مسلم(٥) ، مسلماً كان السارق أو ذمياً ، وكذا الذمي إذا سرق من ذمي خمراً أو خنزيراً أو ميتة لا يقطع لعدم تقومها عندنا .

مكان السرقة :

(في دار العدل) فلا يقطع بسرقة في دار حرب أو بغي . بدائع (من حرز) بمرة واحدة ، اتحد مالكه ، أم تعدد .

عدم الشبهة وطريق الاثبات :

(لا شبهة ولا تأويل فيه) (٦) ، وثبت ذلك عند الامام ، كما سيتضح (فيقطع ان أقر بها مرة)

---

(١) يكفي في الليل أن تكون حال الخفية في ابتداء السرقة ، فلو دخل السارق البيت ليلا خفية ، ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة مع المالك، قطع .

(٢) أي هل العبرة في الخفية لزعم السارق ان رب الدار لم يعلم به ام لزعم احدهما اي السارق او المسروق منه ؟ في الامر خلاف : قيل : في زعم السارق ، وقيل : في زعم احدهما .

(٣) لا يقطع السارق من السارق لأن يده ليست يد صحيحة اي ليست يد امانة ولا يد ملك وانما هي يد غصب .

(٤) مطلقاً : أي عند اهل كل دين .

(٥) الاولى ان يقول : فلا قطع بسرقة خمر ليشمل حالة سرقة المسلم خمر الذمي .

(٦) أخرج بالشبهة : السرقة من دار ابيه ونحوه ، وبالتأويل : سرقة مصحف لتأويل اخذه للقراءة .

واليه رجع الثاني (١) (طائعاً) فاقراره بها مكرها باطل . ومن المتأخرين من أفتى بصحته (٢) ظهيرية ، زاد القهستاني معزياً لخزانة المفتين : ويحل ضربه ليقر . وسنحققه (او شهد رجلان) ولو عبدا شرط حضرة مولاه ، ولا تقبل على اقراره ولو بحضرته (٣) .

سؤال الامام للشاهدين عن امور :

(وسألهما الامام : كيف هي ، واين هي ، وكم هي) زاد في الدرر : وما هي ومتى هي ؟ (وممن سرق (٤) ، وبيناها (٥)) احتيالا للدرء . ويحبسه (٦) حتى يسأل عن الشهود لعدم الكفالة (٧) في الحدود ، ويسأل المقر عن الكل الا الزمان ، وما في الفتح : الا المكان تحريف (٨) . فتح .

الرجوع عن الاقرار :

(وصح رجوعه عن اقراره بها (٩)) وان ضمن المال ، وكذا لو رجع

---

(١) أي أبو يوسف ، وكان اولا يقول : لا يقطع الا اذا أقر مرتين في مجلسين مختلفين .
(٢) أي أن بعض العلماء المتأخرين أفتى بصحة الاقرار مع الاكراه في حق القطع . وهذا غير مقبول : لأن الانكار اعظم شبهة في الحدود .
(٣) أي أن الشهادة على اقرار العبد لا تقبل ولو بحضرة سيده ، بخلاف الشهادة على العبد اذا سرق . فقوله : ولو عبداً أي ولو شهد رجلان على سارق ،ولو كان السارق عبداً .
(٤) السؤال عن ذلك دفعا للشبهة في أن المسروق منه ذو رحم محرم منه مثلا .
(٥) أي وبين الشاهدان هذه الامور المذكورة .
(٦) أي يحبس المتهم حتى يتحقق من عدالة الشهود .
(٧) أي لأن الكفالة في الحدود لا تقبل .
(٨) تحريف:خبر (ما) يعني ان ما ذكر في فتح القدير من استثناء المكان غير صحيح .
(٩) أي عن اقراره بالسرقة .

احدهم (١) أو قال : هو مالي ، أو شهد على اقراره بها ، وهو يجحد أو يسكت ، فلا قطع . شرح وهبانية ، (فان اقر بها ، ثم هرب(فان في فوره (٢) لايتبع بخلاف الشهادة) كذا نقله المصنف عن الظهيرية ، ونقله شارح الوهبانية بـــلا قيـد الفورية .

عدم وجوب الحد حالة النكول عن اليمين :

(ولا قطع بنكول(٣) ، واقرار مولى على عبده بها ، وان لزم المـــال) لا قراره على نفسه(٤) (و) السارق (لا يفتى بعقوبته(٥) لأنه جور . تجنيس ،وعزاه القهستاني للواقعات معللاً بأنه خلاف الشرع ، ومثله في السراجية . ونقل(٦) عن التجنيس عن عصام(٧) أنه سئل عن سارق ينكر ، فقال : عليه اليمين .

جواز ضرب السارق حتى يقر :

فقال الامير : سارق ويمين(٨) ! ، هاتوا بالسوط ، فما ضربوه عشرة حتى أقر فأتى بالسرقة ، فقال : سبحان الله ، ما رأيت جوراً أشبه بالعدل من هذا .وفي

---

(١) أي أحد السارقين المقرين فيما إذا تعدد اللصوص .
(٢) أي لو أقر السارق ثم هرب لم يقطع ولو بعد اقراره فوراً ، لان الهرب دليل الرجوع ،
(٣) أي نكول السارق عن الحلف عند القاضي .
(٤) أي لأن النكول يعتبر اقرارا في المعنى فيلزمه المال ، كذلك اقرار السيد علي عبده يوجب توجه المطالبة على نفسه.
(٥) أي لايجوز الافتاء بضرب السارق ليقر .
(٦) أي نقل في القهستاني . وهذا النقل لتأييد الحكم السابق وهو أن الضرب جور .
(٧) هو عصام بن يوسف من أصحاب أبي يوسف ومحمد ومن أقران محمد بن سماعة وابن رستم وأبي حفص البخاري .
(٨) تعجب من طلب اليمين منه فانه لا يبالي بذلك لاقدامه على ما هو أشد جناية منه .

اكراه البزازية(١) : من المشايخ من أفتى بصحة اقراره بها مكرها(٢) . وعن الحسن(٣) : يحل ضربه حتى يقر ، وقال : ما لم يقطع اللحم لايظهر العظم. ونقل المصنف عن ابن العز الحنفي(٤) : صح أنه عليه الصلاة والسلام أمر الزبير بن العوام بتعذيب بعض المعاهدين حين كتم كنز حيي بن أخطب ، ففعل ، فدلهم على المال ، قال : وهو الذي يسع الناس ، وعليه العمل ، وإلا فالشهادة على السرقات أندر الامور ، ثم نقل(٥) عن الزيلعي في آخر باب قطع الطريق : جواز ذلك سياسة ، وأقره المصنف تبعاً للبحر وابن الكمال . زاد في النهر : وينبغي التعويل عليه في زماننا لغلبة الفساد . ويحمل ما في التجنيس(٦) على زمانهم ، ثم نقل المصنف قبله عن القنية : لو كُسر(٧) سنه ويده ، ضمن الشاكي أرشه(٨) كالمال (٩) .

لا لو حصل ذلك(١٠) بتسوره الجدار، أو مات بالضرب لندوره . وعن الذخيرة:

---

(١) أي في باب الاكراه من الفتاوى البزازية .

(٢) أي بالنسبة للضمان لا بالنسبة للقطع .

(٣) هو الحسن بن زياد اللؤلؤي من أصحاب أبي حنيفة .

(٤) أي في كتابه « التنبيه على مشكلات الهداية » .

(٥) أي نقل المصنف عن الزيلعي جواز ذلك أي جواز ضرب المتهم .

(٦) أي ماتقدم ذكره عند المصنف التمرتاشي من أنه لايفتى بعقوبة السارق .

(٧) كسر : مبني للمجهول واصل العبارة : لو شكا أي السارق للوالي بغير حق فأتى بقائد، فضرب المشكو عليه فكسر سنه أو يده .

(٨) الارش : البدل ، واصله دية الجراحة وما يجب فيها .

(٩) أي كما يضمن لو غرمه الوالي مالا .

(١٠) أي لايضمن الارش لو حبسه الوالي ، فهرب وتسور جدار السجن ، فحصل ما ذكر من سنه أو يده أو مات بضرب القائد .

لو صعد السطح ليفر خوف التعذيب ، فسقط ، فمات ، ثم ظهرت السرقة على يد آخر ، كان للورثة أخذ الشاكي بدية أبيهم(١) ، وبما غرمه للسلطان لتعديه في هذا التسبب . وسيجيء في الغصب .

امتناع قطع اليد في حالات :

(قضى(٢) بالقطع ببينة أو اقرار ، فقال المسروق منه : هذا متاعه لم يسرقه مني) وانما كنت اودعته (أو قال : شهد شهودي بزور أو أقر هو بباطل وما أشبه ذلك ، فلا قطع) وندب تلقينه كي لا يقر بالسرقة (كما) لا قطع (لو شهد كافران على كافر ومسلم بها ، في حقها(٣) : أي الكافر والمسلم . ظهيرية .

اشتراك جماعة في السرقة :

(تشارك(٤) جمع وأصاب كلا قدر نصاب قطعوا ، وان أخذ المال بعضهم) استحساناً(٥) سداً لباب الفساد ، ولو فيهم صغير أو مجنون أو معتوه أو محرم(٦) لم يقطع أحد .

حضور الشاهدين وقت القطع :

(وشرط للقطع حضور شاهديها وقته) وقت القطع (كحضور المدعي)

---

(١) هذا لاينافي ما نقله المصنف عن القنية ، لأن الحكم معلل بظهور تعديه هنا أي حيث ظهرت السرقة على يد آخر .

(٢) أي القاضي .

(٣) في حقها متعلق بلا قطع : أي لا قطع في حق الكافر ولا في حق المسلم ، لانها سرقة واحدة فلما بطلت الشهادة في حق المسلم بطلت في حق الكافر ، ولا يضمن المسلم حصته ويضمن الكافر حصته .

(٤) أي اشترك جماعة في دخول الحرز .

(٥) والقياس : أن يقطع الحامل وحده ، وهو قول زفر والائمة الثلاثة .

(٦) اي ذو رحم محرم من المسروق منه .

بنفسه (حتى لو غابا أو ماتا لا قطع) وهذا في كل حد سوى رجم(١) وقوَد ، بحر ، قلت : لكن نقل المصنف في الباب الآتي تصحيح خلافه(٢) فتنبه .

تحليل النص

بحث المصنف والشارح في بيان تعريف السرقة لغة وشرعاً باعتبار حرمتها وباعتبار ترتب الحكم الشرعي عليها وهو قطع اليد ، وبذا تبين للقارىء الضوابط والقيود التي لا بد منها ليتحقق الوصف الشرعي للسارق ، فلا تقطع يده مالم تتحقق هذه الاوصاف المذكورة ، وأهم هذه الاوصاف كون السارق بالغاً عاقلاً وانه أخذ مقدار عشرة دراهم فأكثر اذا كانت مضروبة أو غير مضروبة ووزنها وقيمتها عشرة دراهم مسكوكة ، وأن تكون مأخوذة من صاحب يد صحيحة أي يد أمانة أو يد ملك ، وأن تؤخذ من حرز ، والحرز : ما نصب عادة لحفظ أموال الناس ، وهو نوعان : حرز بنفسه : وهو كل بقعة معدة للاحراز ممنوع من الدخول فيها الا باذن كالدور والحوانيت والخزائن والصناديق والخيم . وحرز بغيره : وهو كل مكان غير معد للاحراز ، وفيه حافظ كالمساجد والطرق والصحراء . ويشترط أن يكون المأخوذ بمرة واحدة فلو أخرج السارق بعض المسروق ، ثم دخل وأخرج باقيه لم تقطع يده ، وإن خرج السارق من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرات وفي كل مرة يأخذ درهما لم تقطع يده لأنها سرقات .

---

(١) الصواب : سوى جلد اي ان الجلد يقام حال الغيبة والموت بالنسبة للشاهدين، وكذا القصاص.

(٢) اي خلاف قوله : « لاقطع » وهو الصواب، لان ابا حنيفة رجع عن القول السابق وقال بعد ذلك : يقطع. وأما الذي ذكره المصنف فهو قول ابي حنيفة الأول ، واما قوله الاخير فهو انه تقطع يد السارق .

وتثبت السرقة بإقرار السارق طائعاً أي مختاراً غير مكره أو بشهادة رجلين عدلين، ويسأل القاضي الشهود عن ماهية السرقة و كيفيتها ومكانها وزمانها ومقدارها والمسروق منه . ويصح الرجوع عن الاقرار من المقر ، أو من أحد السارقين المقرين أو قال أحد السارقين : هو مالي ، أو شهد اثنان على اقرار السارق مع أنه ينكر فلا يقام الحد حينئذ ، لأنه اذا سقط القطع عن البعض لشبهة ، سقط عن الباقين ، لأن الرجوع عن الاقرار ، أو ادعاء الملك شبهة ، ويعتبر جحود الاقرار أي انكاره بمنزلة الرجوع .

ولا تثبت السرقة بنكول السارق عن حلف اليمين عند القاضي . ولا يضرب السارق لاجباره على الاقرار ، ولكن بعض العلماء أجاز ذلك ، وهو قول الحسن بن زياد اللؤلؤي الذي ضرب مثلاً بقوله حينما سئل : أيحل ضرب السارق حتى يقر ؟ قال : مالم يقطع اللحم لايتبين العظم . وأراد بهذا أن السارق ما لم يعاقب بالضرب لا تظهر السرقة ، وهذا رأي غير الحسن كالزيلعي وصاحب البحر الرائق وابن الكمال ، وأقره مصنف المتن وهو التمرتاشي . فإذا ترتب على الضرب كسر سن أو يد ، ضمن الشاكي ذلك .

ولايقام الحد اذا قال المسروق منه : هذا متاع السارق ، أو قال : شهد شهودي بزور ، أو أقر السارق بباطل ، وما شابه ذلك ، ويندب للإمام أن يلقن المسروق منه مثل هذا ، لما اخرجه أبو داود أنه ﷺ أتي بلص قد اعترف، ولم يوجد معه متاع ، فقال ﷺ : ما أخالك سرقت ، قال : بلى يا رسول الله، فأعادها عليه الصلاة والسلام مرتين أو ثلاثاً ، فأمر به فقطع .

وتقطع أيدي جماعة من اللصوص اشتركوا في السرقة وأصاب كل واحد منهم مقدار نصاب، ولو غاب الشاهدان أو ماتا عند حصول الحد فالاصح أن الحد يقام .

باب التعزير [1]

المتن :

(هو تأديب دون الحد أكثره تسعة وثلاثون سوطاً وأقله ثلاثة ، ولا يفرق الضرب فيه ، ويكون به وبالصفع وفرك الاذن وبالكلام العنيف ، وبنظر القاضي له بوجه عبوس وشتم غير القذف ، لا بأخذ مال في المذهب ، وليس فيه تقدير ، بل هو مفوض إلى رأي القاضي ، ويكون بالقتل كمن إن كان يعلم أنه لا ينزجر بصياح وضرب بما دون السلاح ، وإلا لا ، وإن كانت المرأة مطاوعة قتلها ، ولو كان مع امرأته ، وهو يزني بها أو مع مَحرْمه ، وهما مطاوعان قتلها جميعاً مطلقاً ، وعلى هذا : المكابر بالظلم ، وقطاع الطريق ، وصاحب المكس ، وجميع الظلمة بأدنى شيء له قيمة) .

الشرح

تعريف التعزير ومقداره :

(هو) لغة : التأديب مطلقاً . وقول القاموس : إنه يطلق على ضربه دون الحد غلط(٢) . نهر ، وشرعاً (تأديب دون الحد أكثره تسعة وثلاثون) سوطاً ،

---

(١) راجع الدر المختار بهامش رد المحتار : ٣ص ١٩٤ وما بعدها .

(٢) سبب الغلط هو ان معنى التعزير بهذا الشكل هو اصطلاح شرعي لا لغوي ، فكيف ينسب لاهل اللغة ؟.

وأقله ثلاثـــة ، لو بالضرب (١) ، وجعله في الدر على أربع مراتب (٢) وكله مبني(٣) على عدم تفويضه للحاكم ، مع أنها ليست على اطلاقها ، فإن من كان من أشراف الأشراف لو ضرب غيره ، فأدماه ، لايكفي تعزيره بالاعلام وأرى أنه بالضرب صواب .

عدم تفريق الضرب :

(ولا يفرق الضرب فيه)(٤) وقيل : يفرق ، ووفق(٥) بأنه إن بلغ أقصاه يفرق ، والا لا ، شرح وهبانية .

العقوبات التعزيرية :

(ويكون به(٦) و) بالحبس و (بالصفع) على العنق (وفرك الاذن وبالكلام العنيف ، وبنظر القاضي له بوجه عبوس وشتم غير القذف(٧)) مجتبى ، وفيه عن

---

(١) يعني ان تقدير التعزير بما ذكر انما هو فيما لو رأى القاضي تعزيره بالضرب ، وهذا لاينافي أن التعزير ليس فيه تقدير ، بل هو مفوض الى رأي القاضي اي ان المراد ان انواع التعزير من ضرب ونحوه مفوضة الى القاضي .

(٢) هذه المراتب في اصطلاح القدامى هي: تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء بالإعلام: بأن يقول له القاضي: بلغني أنك تفعل كذا. وتعزير الاشراف وهم القواد: بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة في ذلك، وتعزير الاوساط وهم السوقة: بالجر والحبس، وتعزير السفلة او الاخساء: بهذا كله وبالضرب .

(٣) اي كل ما ذكر من المراتب الاربعة .

(٤) بل يضرب في موضع واحد؛ لانه خفف من جهة ، فلو خفف من حيث التفريق لايتحقق المقصود من الانزجار .

(٥) اي انه قيل برأي وسط فيه توفيق بين الرأيين المذكورين .

(٦) أي يكون التعزير بالضرب الخ، وهذه الانواع ليست من باب الحصر ، فقد يكون بالنفي عن البلد أو بالتشهير .

(٧) أي يكون بألفاظ لا توجب حد القذف .

السرخسي لا يباح بالصفع ، لأنه من أعلى ما يكون من الاستخفاف ، فيصان عنه أهل القبلة (لا بأخذ مال في المذهب(١)) بحر ، وفيه(٢) عن البزازية : وقيل : يجوز ، ومعناه : أن يمسكه مدة لينزجر ، ثم يعيده له ، فإن أيس من توبته صرفه الى ما يرى . وفي المجتبى : أنه كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ .

تفويض التعزير الى رأي القاضي :

(و) التعزير (ليس فيه تقدير(٣) ، بل هو مفوض الى رأي القاضي) وعليه مشايخنا ، زيلعي ، لأن المقصود منه الزجر ، وأحوال الناس فيه مختلفة ، بحر .

التعزير بالقتل :

(ويكون التعزير بالقتل كمن) وجد رجلاً مع امرأة لا تحل له ، ولو أكرهها فلها قتله ، ودمه هدر ، وكذا الغلام(٤) . وهبانية (إن كان يعلم(٥) أنه لا ينزجر بصياح وضرب بما دون السلاح ، وإلا) بأن علم أنه ينزجر بما ذكر (لا) يكون بالقتل . (وإن كانت المرأة مطاوعة قتلهما) كذا عزاه الزيلعي للهندواني

---

(١) وقال أبو يوسف : يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال . وهذا خلافاً لرأي الطرفين وباقي الائمة.

(٢) أي في البحر. ومعنى أخذ المال في التعزير على رأي أبي يوسف : امساك شيء من ماله عنده مدة لينزجر ، ثم يعيده الحاكم اليه ، لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال ، كما يتوهم الظلمة ، إذ لا يجوز لاحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي .

(٣) أي ليس في أنواعه تقدير ، بل أمر اختيار نوع منها عائد للامام ، فان اختار الضرب فلا يزيد على تسعة وثلاثين سوطاً ، وله الزيادة من نوع آخر بأن يضم الى الضرب الحبس .

(٤) اي أن للغلام ان يقتل الرجل اذا اكرهه على اللواط مثلا كما تقتل المرأة الرجل اذا اختلى بها وأراد اكراهها على فعل القبيح .

(٥) اي ان اللجوء الى القتل مشروط بأنه لم يمكن للمرأة التخلص من الرجل بصياح أو ضرب والا لم تكن مكرهة .

ثم قال : (و) في منية المفتي (لو كان مع امرأته وهو يزني بها ، أو مع محرمه وهما مطاوعان ، قتلهما جميعاً . اهـ ، وأقره في الدرر ، وقال في البحر : ومفاده(١) الفرق بين الأجنبية والمحرم ، فمع الاجنبية لا يحل القتل إلا بالشرط المذكور من عدم الانزجار المزبور(٢) ، وفي غيرها : يحل مطلقاً(٣) . اهـ ، ورده في النهر بما في البزازية وغيرها من التسوية بين الاجنبية وغيرها ، ويدل عليه تنكير الهنداوني للمرأة . نعم ما في المنية مطلق ، فيحمل على المقيد(٤) ليتفق كلامهم ، ولذا جزم في الوهبانية بالشرط المذكور مطلقاً ، وهو الحق ، بلا شرط إحصان(٥) لأنه ليس من الحد ، بل من الأمر بالمعروف . وفي المجتبى : الأصل أن كل شخص رأى مسلماً يزني : أن يحل له قتله(٦) ، وانما يمتنع خوفاً من أن لا يصدق أنه زنى .

(وعلى هذا) القياس (المكابر(٧) بالظلم وقطاع الطريق وصاحب المكس(٨)

---

(١) هذا توفيق بين العبارتين حيث اشترط في العبارة الأولى العلم بأنه لاينزجر بغير القتل ولم يشترط ذلك في العبارة الثانية فوفق بينهما بحمل الأولى على الأجنبية والثانية على غيرها .

(٢) اي المكتوب .

(٣) اي بلا فرق بين الاجنبية وغيرها .

(٤) اي يحمل ما ذكر عن منية المفتي وهو قوله : « قتلهما جميعا » على ما اذا علم عدم الانزجار بصياح او ضرب .

(٥) هذا رد على ماذكر في الفتاوى الخانية من اشتراط كون الرجل محصناً ، والاصح عدم عدم اشتراط الاحصان فيحل قتله كما ذكر .

(٦) اي يحل ديانة لا قضاء ، فلا يصدقه القاضي الا ببينة .

(٧) المكابر : اي الفاعل للظلم علانية بطريق الغلبة والقهر .

(٨) المكس : دراهم كانت تؤخذ من بائعي السلع في اسواق الجاهلية، وفي الحديث « لايدخل الجنة صاحب مكس » اي الذي يأخذ الرسوم والضرائب بدون وجه حق .

وجميع الظلمة بأدنى شيء له قيمة) وجميع الكبائر(١) والأعونة (٢) والسعاة يباح قتل الكل ويثاب قاتلهم ، اهـ . وأفتى الناصحي بوجوب(٣) قتل كل مؤذ . وفي شرح الوهبانية : ويكون بالنفي عن البلد(٤) ، وبالهجوم على بيت المفسدين ، وبالاخراج من الدار وبهدمها وكسر دنان الخمر ، وإن ملحوها(٥) . ولم ينقل احراق بيته(٦) .

تحليل النص

التعزير عقوبة غير مقدرة وانما هي مفوضة الى رأي الامام ، وهنا فروق أربعة بين الحد والتعزير : وهي أن الحد مقدر ، والتعزير مفوض الى رأي الامام كما قلنا وأن الحد يدرأ بالشبهات بخلاف التعزير ، فانه يطبق مع الشبهة ، وأن الحد لا يجب على الصبي ، والتعزير يطبق عليه ، وأن الحد يطلق على الذمي ، والتعزير يسمى عقوبة له ، لأن التعزير شرع للتطهير .

وأكثر التعزير بالضرب تسعة وثلاثون سوطاً لحديث « من بلغ حدا في غير

---

(١) اي جميع اهل الكبائر والمراد بها : المتعدى ضررها الى الغير ، فيكون قوله : والاعونة والسعاة عطف تفسير او عطف خاص على عام ، فيشمل كل من كان من أهل الفساد كالساحر وقاطع الطريق واللص واللوطي ونحوهم ممن عم ضرره ولا ينزجر بغير القتل .

(٢) الاعونة : جمع معين او عوان والمراد به الساعي الى الحكام بالافساد ، فعطف السعاة عليه عطف تفسير .

(٣) لعل الوجوب بالنظر الى الإمام ونوابه ، والاباحة بالنظر لغيرهم .

(٤) اي مثل نفي الزاني البكر وهو الحبس عند الحنفية ، وقد نفى عمر رضي الله عنه نصر بن حجاج لافتتان النساء بجماله ، وفي شرح البخاري للعيني : ان من آذى الناس ينفى عن البلد.

(٥) اي ان اوعية الخمر تكسر ولو قال اصحابها : نلقي فيها ملحا لأجل تخليلها .

(٦) اي لم ينقل عن علمائنا انهم اجازوا احراق بيت الخمار ، وان كان قد نقل عن عمر رضي الله عنه انه احرق بيت الخمار .

حد فهو من المعتدين » وأقل التعزير بالضرب : ثلاث جلدات كما ذكر القدوري والأصح أن الأمر يختلف باختلاف الاشخاص ، فلا معنى لتقـــديره مع حصول المقصود بدونه ، فيكون مفوضاً الى رأي القاضي يقيمه بقدر ما يرى المصلحة فيه، فلو رأى انه ينزجر بسوط واحد اكتفى به .

ويضرب المعزر في موضع واحد حتى يتحقق المقصود من زجره ، وفي قول: يفرق الضرب كالحد ، وفي قول وسط : انه يفرق اذا بلغ أقصى التعزير ، فان لم يبلغ الاكثر بل كان بالادنى كثلاث ونحوها فلا يفرق .

والعقوبات التعزيرية متنوعة مثل الضرب ، والصفع على قفا الانسان أو بدنه بيد مبسوطة الكف لا مقبوضة ، وعرك الاذن والتوبيخ ، وعبوس الوجه ، والشتم غير الماس بالعرض والنفي عن البلد ، والتشهير بالسمعة . وبعضهم لم يجز الصفع ، لأنه ليس من شيمة المؤمنين وانما هو للكفار . ولايجوز التعزير بالغرامات المالية ، وبعضهم أجاز ذلك بمعنى إمساك مال المعزر للتخويف والانزجار ، ثم يرده الحاكم اليه ، لا أنه يصادره لبيت المال .

والقاضي مفوض في أن يختار أحد هذه العقوبات ، دون أن يحدد له شيء معين ، وإنما يفعل ما يراه المصلحة .

وقد يكون التعزير بالقتل بحسب ما يرى الامـــام من المصلحة ويسمى القتل سياسة ، وذلك فيما اذا استكره رجل امرأة فلها قتله ، وكذا لو استكره غلاماً على اللواط ، فلكل من المرأة والغلام قتل الرجل ودمه هدر أي ساقط لاضمان له ، ولكن بشرط العلم بأنه لاينزجر بغير القتل كصياح أو ضرب ونحوهما .

ويجوز القتل أيضاً لكل من يؤذي غيره ولا ينزجر بغير القتل مثل مرتكب الظلم عـلانية ومغـالبة وقاطع الطريق والساحر واللص واللوطي وصاحب المكس وجميع الظلمة بأقل شيء له قيمة وجميع المرتكبين للكبائر والسعاة الى الحكام بالافساد.

نصوص من كتاب شرح المحلّي للمنهاج

عند الشافعية

كتاب « **منهاج الطالبين وعمدة المفتين** » لمصنفه أبي زكريا يحيى بن شرف النووي صاحب التصانيف الكثيرة في الفقه والحديث من بلدة نوى بحوران المتوفى سنة ٦٧٦هـ وقد اختصر النووي هذا الكتاب من كتاب « المحرر » للامام أبي القاسم الرافعي في نحو نصف حجمه ، وأضاف اليه تنبيهات على قيود في بعض المسائل ، وبين المختار في المذهب ، أبدل بالالفاظ الغريبة أو الموهمة خلاف الصواب أوضح واخصر منها أي من عبارة الاصل ، وذكر مراتب الخلاف في جميع الحالات بين علماء المذهب ، وأشار الى المسائل التي ضمها والترجيحات التي رجحها بقوله في أولها « قلت » وفي آخرها : « والله أعلم » .

وقد كثرت الشروح على المنهاج لانه على صغر حجمه قد جمع من الاحكام ما ليس في غيره على كبر حجمه ، مع امتيازه بترجيح القول الاصح وتحرير المذهب الشافعي ، لأن الامام النووي يعتبر بحق « محرر المذهب الشافعي » أي مدقق احكامه ومحققها ومرجح القوي منها ، حتى صار كتاب المنهاج حجة في الفتوى عند الشافعية .

ومن الشروح على المنهاج : شرح محمد الشربيني الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧ هـ ،وهو فقيه شافعي ، مفسر ، من أهل القاهرة ، وكتابه في أربع مجلدات ، وهو يعد مرجعاً ممتازاً جامعاً في الفقه الشافعي بحيث يغني عن كثير من الكتب التي سبقته .

ومن الشروح أيضاً شرح محمد بن أحمد الرملي المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ في ثمانية أجزاء ، واسم كتابه « نهاية المحتاج الى شرح المنهاج » .

وقد اخترنا نصوصاً من شرح العلامة جلال الدين المحلي الاصولي المفسر من أهل القاهرة المتوفى سنة ٨٦٤ ه واسم كتابه « كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين » في اربعة اجزاء . والمحلي امتاز من بين سائر المؤلفين بدقة عبارته وايجاز مقالته في غير ما خلل بالمطلوب ، شرح المنهاج شرحاً يحل الفاظه ويبين مراده مع بيان الدليل والتعليل لكل قول أو وجه في المذهب . والكتاب مطبوع على هامش حاشيتي الامامين المحققين العلامة شهاب الدين القليوبي المتوفى سنة ١٠٦٩ ه ، والعلامة الشيخ عميرة المتوفى سنة ٩٥٧ ه ، وهي المعروفة بحاشية قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على المنهاج .هذا مع العلم بأن شرح المحلي مقرور بأجزائه الاربعة على طلاب السنوات الاربعة في كلية الشريعة بالازهر .

وهنا يستحسن ان نبين اصطلاحات النووي في المنهاج من أجل الترجيح والتصحيح.فحيث قال: «**الاظهر**»فهو يعني الارجح من القولين أو اقوال الشافعي رضي الله عنه المشعر بظهور وقوة القول الثاني المقابل له لقوة مدركه . وحيث قال : «**المشهور**» فهو يعني الارجح من القولين أو أقوال الشافعي المشعر بغرابة القول المقابل له لضعف مدركه بسبب ضعف الدليل الذي استند اليه الشافعي وقد لا نعلمه . وحيث قال : « **الاصح او الصحيح** » فهو يعني الرأي الارجح من الوجهين أو الاوجه التي استخرجها اصحاب الشافعي من كلامه . والفرق بين الاصح والصحيح هو ان الاصح مشعر بأن الوجه الثاني المقابل له صحيح ، وأما الصحيح ، فمشعر بأن الوجه المقابل له ضعيف فاسد .

وحيث قال : «**المذهب**» فهو يريد الارجح من بين الطريقين أو الطرق التي يحكيها أصحاب الشافعي في نقل المذهب عنه ، كأن يحكي بعضهم في مسألة قولين أو وجهين لمن تقدم من الاصحاب أي يجزم بوجود القولين معاً ، ثم نرى بعضاً آخر يقطع بثبوت احد القولين أو الوجهين أي يجزم به ، ففي الطريق الأول خلاف ، وفي الثاني تحديد لقول أو وجه في المسألة بدون ذكر خلاف .

وحيث يقول : « **النص** » فمراده نص الشافعي رضي الله عنه ، وهو الراجح ويكون الرأي المقابل له وجهاً ضعيفاً أو قولاً مخرجا من نص للشافعي في مسألة مناظرة ، فلا يعمل به بسبب مقابلته للنص الصريح في المسألة المطلوبة .

وحيث يقول : « **الجديد** » فهو يريد المذهب الجديد الذي اعتمده الشافعي ومقابله المذهب القديم الذي رجع عنه ولم يحل لأحد الفتوى به ، الا في بضع عشرة مسألة، ومن المعروف ان المذهب القديم : ما قاله الشافعي في العراق ، والجديد : ما قاله في مصر ، والعمل عليه الا فيما ينبه عليه كامتداد وقت المغرب الى مغيب الشفق الاحمر في المذهب القديم . وأما في الجديد فوقت المغرب ينقضي بمضي قدر وضوء وستر عورة وأذان وإقامة وخمس ركعات . قال النووي : القديم اظهر والله اعلم .

وحيث يقول : « **قيل كذا** » فهو وجه ضعيف ، والصحيح أو الاصح خلافه :

وحيث يقول : « **وفي قول كذا** » فالراجح خلافه .

* * *

كتاب الوكالة [1]

المتن :

(شرط الموكل : صحة مباشرته ما وكل فيه بملك أو ولاية ، فلا يصح توكيل صبي ولا مجنون ولا المرأة والمحرم في النكاح ، ويصح توكيل الولي في حق الطفل ، ويستثنى توكيل الاعمى في البيع والشراء فيصح .

وشرط الوكيل : صحة مباشرته التصرف لنفسه ، لا صبي ومجنون ، وكذا المرأة والمحرم في النكاح ، لكن الصحيح اعتماد قول صبي في الاذن في دخول دار وايصال هدية ، والاصح صحة توكيل عبد في قبول نكاح ومنعه في الايجاب .

وشرط الموكل فيه : ان يملكه الموكل : فلو وكل ببيع عبد سيملكه ، وطلاق من سينكحها بطل في الاصح ، وان يكون قابلا للنيابة ، فلا يصح في عبادة الا الحج ، وتفرقة زكاة ، وذبح اضحية ، ولا في شهادة وايلاء ولعان وسائر الايمان ، ولا في الظهار في الاصح ، ويصح في طرفي بيع ، وهبة ، وسلم ، ورهن ، ونكاح ، وطلاق ، وسائر العقود والفسوخ ، وقبض الديون واقباضها والدعوى والجواب ، وكذا في تملك المباحات كالاحياء والاصطياد والاحتطاب في الاظهر ، لا في الاقرار في الاصح ، ويصح في استيفاء عقوبة آدمي كقصاص وحد قذف ، وقيل : لا يجوز الا بحضرة الموكل ، وليكن الموكل فيه معلوماً من بعض الوجوه ، ولا يشترط علمه من كل وجه ، فلو قال : وكلتك في كل قليل وكثير ، أو في كل أموري ، أو فوضت اليك كل شيء لم يصح ، وان

---

(١) راجع شرح المحلي بهامش حاشية قليوبي وعميرة : ٢ ص ٣٣٦ وما بعدها .

قال : في بيع أموالي وعتق ارقائي صح .

وان وكله في شراء عبد وجب بيان نوعه ، أو دار وجب بيان المحلة والسكة ، لا قدر الثمن في الاصح .

ويشترط من الموكل لفظ يقتضي رضاه كوكلت في كذا أو فوضته اليك أو أنت وكيلي فيه ، فلو قال : بع أو اعتق حصل الاذن ، ولا يشترط القبول لفظاً ، وقيل : يشترط ، وقيل : يشترط في صيغ العقود كوكلتك ، دون صيغ الأمر كبع وأعتق ، ولا يصح تعليقها بشرط في الاصح ، فان نجزها وشرط للتصرف شرطاً جاز ، ولو قال : وكلتك ، ومتى عزلتك فأنت وكيلي صحت في الحال في الاصح ، وفي عوده بعد العزل : الوجهان في تعليقها ويجريان في تعليق العزل) .

* * *

كتاب الوكالة

الشرح :

تتحقق بموكل ووكيل وغيرهما مما سيأتي .

شرط الموكل :

(شرط الموكل : صحة مباشرته ما وكل فيه بملك[1] أو ولاية[2] ، فلا يصح توكيل صبي ولا مجنون) في شيء ، ولا توكيل (المرأة والمحرم) بضم الميم (في النكاح) أي لا توكل المرأة في تزويجها ، ولا المحرم في تزوجه أو تزويج موليته ؛[3] لانها لا تصح مباشرتها لذلك . ولو قالت لوليها : وكلتك بتزويجي، قال الرافعي : فالذين لقيناهم من الائمة لا يعدونه اذنا ، ويجوز أن يعتد به اذناً . ونقل في الروضة عن صاحب البيان نص الشافعي على جواز الاذن بلفظ الوكالة وصوبه[4] . ولو وكل المحرم من يعقد النكاح بعد التحلل صح ، كما ذكر في كتاب النكاح .

(ويصح توكيل الولي في حق الطفل) كالاب والجد في التزويج والمال ،

---

(١) مثل توكيل نافذ التصرف في ماله .

(٢) مثل توكيل الاب او الجد في مال موليه .

(٣) أي من له الولاية عليها .

(٤) أي صوبه الامام النووي في كتابه الروضة . وحاصل الكلام : ان المرأة لو اذنت للولي بصيغة الوكالة، فانه يصح وهو الارجح ، خلافاً للرافعي .

والوصي والقيم في المال (ويستثنى) من الضابط [1] (توكيل الاعمى في البيع والشراء ، فيصح) مع عدم صحتها منه للضرورة .

شرط الوكيل :

(وشرط الوكيل : صحة مباشرته التصرف لنفسه ، لا صبي ومجنون) أي لا يصح توكلهما في شيء غير ما يأتي (وكذا المرأة والمحرم في النكاح) ايجاباً وقبولاً .

اعتماد قول الصبي في حالات :

(لكن الصحيح اعتماد قول صبي في الاذن في دخول دار وايصال هدية) لاعتماد السلف عليه في ذلك ، والثاني [2] : لا كغيره ، وعلى الأول : هو وكيل عن الآذن والمهدي .

حالات توكيل العبد :

(والاصح صحة توكيل عبد في قبول نكاح ، ومنعه في الايجاب) والثاني : صحته فيهما ، والثالث : منعه فيهما . وفي الشرح : حكاية الوجهين في الوكيل في القبول بغير اذن السيد . وفي الروضة : حكاية وجهين في التوكيل فيه باذن السيد أيضاً . ويقاس به في الاذن وعدمه : الايجاب المطلق فيه الخلاف [3] .

---

(١) الضابط : أي المعيار الذي ذكره في الموكل وهو أن تصح مباشرته ما وكل فيه الـخ ، والحقيقة ان هذا الاستثناء من عكس الضابط وهـو : من لا تصح مباشرته لنفسه لا يصح توكيله .

(٢) أي الوجه الثاني وهو الضعيف ، لان مقابله هو الصحيح . وهذه هي طريقة الشارح في حكاية الآراء العكسية .

(٣) المطلق فيه الخلاف أي في كلام المصنف أو الماتن اي أن المصنف لم يقيد الخلاف في القبول وانما أطلقه أيضاً في الايجاب ، فالخلاف جار فيه : ولكن الترجيح مختلف ، فالاصح التوكيل في القبول ولو بغير اذن السيد ، إذ لا ضرر على السيد فيه ، والاصح عدم جواز توكيل العبد في ايجاب النكاح ولو باذن سيده ، لان العبد لا يملك ذلك بالنسبة لبنت نفسه ، فبنت غيره أولى .

شرط الموكل فيه :

(وشرط الموكل فيه : أن يملكه الموكل) حين التوكيـل (فلو وكل ببيـع عبد سيملكه ، وطلاق من سينكحها ، بطل في الاصح) لانه لا يتمكن من مباشرة ذلك بنفسه ، فكيف يستنيب فيه غيره . والثاني : يصح ويكتفى بحصـول الملك عند التصرف ، فانه المقصود من التوكيل (وأن يكون قابلا للنيابة ، فلا يصح في عبادة الا الحج) ومثله العمرة (وتفرقة زكاة وذبح اضحية) لأدلتها [1] (ولا في شهادة وايلاء ولعان وسائر الايمان) أي باقيها ، فالايلاء واللعان يمينان [2] (ولا في ظهار في الاصح) الحاقا له باليمين . والثاني يلحقه بالطلاق . وعليه قال في المطلب : لعل لفظه [3] : « انت على موكلي كظهر أمـــه » . ويلحق بالزكاة : الكفارة وصدقة التطوع ، وبالاضحية : الهدي ، وباليمين النـــذر وتعليق العتق والطلاق .

ما يصح التوكيل فيه من العقود والفسوخ :

(ويصح) التوكيل (في طرفي بيـع وهبة وسلم ورهن ونـكاح وطلاق ، وسائر العقود والفسوخ) كالصلح والحوالة والضمان والشركة والاجارة ،والفسخ بخيار المجلس والشرط والاقالة والرد بالعيب .

التوكيل في القبض والادعاء :

(وقبض الديون واقباضها والدعوى والجواب) رضـــي الخصم ، ام لم يرض في مـــال أو غيره ، وفي الاعتاق والكتابة .

---

(١) أي انه ثبت جواز التوكيل في هذه الأمور بأدلة من السنة .

(٢) أي واليمين لا تصح النيابة فيه . لانه حلف بالله تعالى ، ففيـــه معنى العبادة . كما أن الشهادة ملحقة بالعبادة،لان الاحتياط يقتضي فيها ان لا يقوم غير لفظها مقامها ، ولأن الحكم منوط بعلم الشاهد ، وهو غير حاصل للوكيل .

(٣) أي أن اللفظ الذي يفترض ان يستعمله الوكيل هو ما ذكره .

التوكيل في تملك المباحات :

(وكذا في تملك المباحات كالإحيـاء والاصطياد والاحتطاب في الاظهر) [١] فيحصل الملك فيها للموكل اذا قصده الوكيل له . والثاني : لا يصح التوكيل فيها والملك فيها للوكيل بحيازته . والرافعي في الشرح : حكى الخلاف وجهين ، قال في الروضة : تقليداً لبعض الخراسانيين ، وهما قولان مشهوران . وأجيب بانهما مخرجان [٢] .

التوكيل في الاقرار واستيفاء الحدود :

(لا في اقرار) [٣] أي لا يصح التوكيل فيه (في الاصح) والثاني : يصح ويبين جنس المقر به وقدره ، ولا يلزمه قبل اقرار الوكيل . وقيل : يلزمه بنفس التوكيل . وعلى عدم الصحة : يجعل مقرا بنفس التوكيل على الاصح في الروضة .

(ويصح التوكيل في استيفاء عقوبة آدمي كقصاص وحد قذف ، وقيل : لا يجوز) استيفاؤها (الا بحضرة الموكل) لاحتمال العفو في الغيبة . وهذا المحكي بقيل : قول من طريقة ، والثانية : القطع به ، والثالثة : القطع بمقابله .

شرط العلم بالموكل فيه :

(وليكن الموكل فيه معلوماً من بعض الوجوه ، ولا يشترط علمه من كل وجه) مسامحة فيه [٤] (فلو قال : وكلتك في كل قليل وكثير ، أو في كل

---

(١) يصح التوكيل في هذه المباحات لانها احد اسباب الملك ، فأشبهت الشراء .

(٢) أي ان هذا الخلاف مخرج أي مستنبط من رواية عن الشافعي ، فيصح التعبير عنه بالقولين وبالوجهين .

(٣) لا يصح التوكيل في الاقرار بن يقول : وكلتك لتقر عني لفلان بكذا ، فيقول الوكيل: أقررت عنه بكذا .

(٤) الاصح انه لا يشترط العلم بالموكل فيه من كل وجه . لان تجويز الوكالة للحاجة يقتضي المسامحة فيه ،فيكفي أن يكون معلوماً من وجه يقل معه الغرر للوكيل بخلاف ما اذا كثر .

اموري ، أو فوضت اليك كل شيء) والمعنى : (لي) في هـذا والأول ، لأن الانسان انما يوكل فيما يتعلق به (لم يصح) التوكيل ، لان فيه غرراً عظيماً لاضرورة إلى احتماله (وان قال : في بيـع اموالي وعتـق ارقائي صح) وان لم تكن امواله معلومة ؛ لان الغرر فيه قليل .

بيان نوع الموكل فيه :

(وان وكله في شراء عبد وجب بيان نوعه) كتركي وهنـدي (أو دار وجب بيان المحلة والسكة) بكسر السين : أي الحارة والزقاق (لا قدر الثمن) أي لايجب بيان قدر الثمن (في الاصح) في المسألتين . والثاني : يجب بيان قدره كمائة ، أو غايته كأن يقول : من مائة الى الف . ومسألة الثمن في الدار مزيدة في الروضة ، ومسألة العبد ان اختلفت اصناف النوع فيه اختلافاً ظاهراً ، قال الشيخ ابو محمد[1] : لا بد من التعرض للصنف .

صيغة التوكيل :

(ويشترط من الموكل لفظ يقتضي رضاه كوكلتك في كذا أو فوضته اليك ، أو أنت وكيلي فيه ، فلو قال : بـع أو اعتق حصل الاذن) والاول[2] ايجاب ، وهذا قائم مقامه .

(ولا يشترط القبول لفظاً) الحاقاً للتوكيل باباحة الطعـام[3] وقيل : يشترط

---

(١) أي أبو محمد الجويني .
(٢) أي ان صيغة « وكلتك » ايجاب ، فيصح بها العقد كما في سائر العقود ، وقوله « بـع » أبلغ من صيغة الايجاب السابق ذكرها ،لان هذا اللفظ وان كان لا يسمى ايجاباً وانما هو قائم مقامه لوجود الاذن .
(٣) لا يشترط القبول من الوكيل لفظاً؛لان التوكيل اباحة ورفع حجر ، فأشبه اباحة الطعام .

في صيغ العقود كوكلتك ، دون صيغ الأمر كبع أو أعتق) الحاقاً لهـذا بالاباحة. أما القبول معنى وهو الرضا بالوكالة فلا بد منه قطعاً ، فلو رد فقال : لا أقبل أو لا أفعل بطلت . ولا يشترط في هذا القبول التعجيل قطعاً ، ولا في القبول لفظاً إذا شرطنا الفور ، ولا المجلس ، وقيل : يشترط المجلس ، وقيل : الفور .

تعليق الوكالة بالشرط :

(ولا يصح تعليقها بشرط في الأصح) نحو اذا قدم زيد أو اذا جاء رأس الشهر ، فقد وكلتك في كذا (فان نجزها وشرط للتصرف شرطاً جاز) قطعاً نحو وكلتك الآن في بيع هذا العبد ، ولكن لا تبعه حتى يجيء رأس الشهر ، فليس له بيعه قبل مجيئه . وتصح الوكالة المؤقتة كقوله : وكلتك إلى شهر رمضان (ولو قال : وكلتك) في كذا (ومتى عزلتك فأنت وكيلي) فيه (صحت في الحال في (الاصـح) ، والثاني : لا تصح لاشتمالها على شرط التأبيد ، وهو الزام العقد الجائز . واجيب بمنع التأبيد فيما ذكر لما سيأتي (١) (و) على الاول (في عوده وكيلا بعد العزل : الوجهان في تعليقها) اصحهما المنع . وعلى الجواز تعود الوكالة مرة واحـدة . فان كان التعليق بكلما ، تكرر العود بتكرر العزل . (ويجريان (٢) في تعليق العزل) اصحها عدم صحته اخذاً من تصحيحه في تعليقها . وفي الروضة كأصلها : ان العزل اولى بصحة التعليق من الوكالة ، لانه لا يشترط فيه قبول قطعاً .

---

(١) أي ان التأبيد غير وارد هنا لوجود الاذن ، ولانه لا يعود وكيلا في الاصح بعد العزل .

(٢) أي يجري الوجهان في حالة تعليق العزل مثل : اذا طلعت الشمس فأنت معزول ، فالاصح عدم صحة العزل ، كما ان الاصح عدم تصحيح تعليق الوكالة ، وبناء عليه يمتنع الوكيل من التصرف عند وجود الشرط لوجود المنع ، كما ان التصرف ينفذ في الوكالة الفاسدة بالتعليق عند وجود الشرط لوجود الاذن .

تحليل النص

الوكالة لغة :هي التفويض ، وشرعاً : تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة الى غيره ليفعله في حياته . وأركانها اربعة : موكل ، ووكيل ، وموكل فيه ،وصيغة. وقد شرع في شرط الركن الأول : وهو ان تصح مباشرة الموكل ما وكل غيره فيه من التصرفات ، فلا يصح توكيل الصبي والمجنون والمغمى عليه والنائم في التصرفات ، ولا الفاسق في نكاح ابنته ، اذ لا تصح مباشرتهم لذلك . ولا يصح توكيل المرأة اجنبياً ، ولا المحرم حلالا في عقد النكاح ، أما المرأة فانها لا تزوج نفسها ، فلا توكل فيه ، وأما المحرم فللنهي عنه في صحيح مسلم : «لا يَنكح المحرم ولا يُنكح».

ويصح توكيل الولي وهو الأب والجد بالنسبة للطفل في شأن النكاح والتصرف بالمال ، كما يصح توكيل الوصي والقيم في التصرف بالمال ، ومثل الطفل : المجنون والمعتوه والسفيه والمحجور عليه ونحوهم . ويستثنى من عكس الضابط الذي ذكره في الموكل : توكيل الاعمى في البيع والشراء ونحوهما مما يتوقف على الرؤية كالاجارة والاخذ بالشفعة ، فيصح وان لم يقدر على مباشرة ذلك للضرورة .

وشرط الركن الثاني وهو الوكيل : صحة مباشرته التصرف المأذون فيه لنفسه ، والا فلا يصح توكله ، لان تصرف الشخص لنفسه اقوى من تصرفه لغيره ، فلا يصح توكيل مغمى عليه ولا صبي ولا مجنون ولا نائم ولا معتوه لسلب ولايتهم ، وكذا المرأة والمحرم في عقد النكاح ايجاباً وقبولاً لعدم اعتبار عبارتهما فيه . ويعتمد قول الصبي في الاذن بالدخول وايصال الهدية . ويصح في الاصح توكيل عبد في قبول عقد النكاح بغير إذن سيده ، والأصح انه لايصح توكيل العبد في إيجاب النكاح ولو باذن سيده ، ويجري الخلاف في الاذن وعدم الاذن سواء بالنسبة للايجاب أم للقبول .

وأما شرط الركن الثالث وهو الموكل فيه : أولا – أن يملكه الموكل حين التوكيل لانه اذا لم يملكه كيف يأذن فيه ؟ فلا يصح التوكيل فيما سيملكه الموكل ، لانه اذا لم يباشر ذلك بنفسه حال التوكيل ، فكيف يستنيب غيره ؟ ثانياً – أن يكون الموكل فيه قابلاً للنيابة ؛ لان الوكالة انابة ، فما لا يقبلها لا يصح التوكيل فيه ، فلا يصح في عبادة ، لان المقصود منها الابتلاء والاختبار باتعاب النفس ، وذلك لا يحصل بالتوكيل ، الا ما استثني كالحج ونحوه ، ولا يصح التوكيل فيما يشبه العبادة كالشهادة والايمان لتعلقها بتعظيم الله تعالى ، ولا في النذر وتعليق الطلاق الحاقاً لها باليمين ، ولا في الظهار ، لأن المغلب فيه معنى اليمين .

ويصح التوكيل في النكاح والشراء بالنص المعروف في السنة ، كما يصح التوكيل في باقي العقود والتصرفات بالقياس على النص ، كالايداع والوقف والوصية والجعالة والكفالة والشركة ، ويصح في الفسوخ كالفسخ بخيار المجلس أو الشرط . ويصح التوكيل في استلام الدين وتسليمه للحاجة إلى ذلك ، كما يصح في الادعاء والاجابة على الادعاء للحاجة اليهما ، وان لم يرض الخصم الآخر ؛ لان الادعاء محض حق المدعي . ويصح التوكيل في تملك المباحات وفي الاقرار ، وفي استيفاء الحدود سواء اكانت خالصة لله تعالى ام عقوبة خالصة للشخص . ثالثاً : ان يكون الموكل فيه معلوماً من بعض الوجوه ولا يشترط من كلها ، حتى يقل الغرر فلو قال : وكلتك في كل قليل وكثير لي أو من اموري او في كل اموري أو فوضت اليك كل شيء لي لم يصح التوكل لكثرة الغرر فيه ، بخلاف ما اذا قال : وكلتك في بيع اموالي ، فيصح لان الغرر فيه قليل .

وأما شرط الركن الرابع – وهو الصيغة : فهو أن يصدر من الموكل لفظ ولو كتابة يقتضي رضاه ، مثل وكلتك في كذا ونحوه ، كما يشترط الايجاب في سائر العقود ، لأن الشخص ممنوع من التصرف في مال غيره الا برضاه ، فلو قال : بع

أو اعتق حصل الاذن ؛ لأنه ابلغ من ألفاظ الايجـــاب المذكورة . ولا يشترط القبول من الوكيل لفظاً ، لأن التوكيل اباحة ، وعلى هذا فلا يشترط في صحة الوكالة علم التوكيل بها ، فلو تصرف قبل علمـه صح تصرفه . ولا يصح تعليق الوكالة بشرط من صفة أو وقت كقوله : اذا قـدم زيد أوجاء رأس الشهر فقد وكلتك بكذا ، وذلك مثل سائر العقود ، وحينئذ ينفذ تصرف الوكيل في الموكل فيه عند وجود الشرط لوجود الاذن ، وان كانت الوكالة فاسدة .

باب الضمان(١)

المتن للنووي :

(شرط الضامن : الرشد ، وضمان محجور عليه بفلس كشرائه ، وضمان عبد بغير إذن سيده باطل في الاصح ، ويصح باذنه ، فإن عين للاداء كسبه أو غيره قضى منه ، وإلا فالاصح انه إن كان مأذوناً له في التجارة تعلق بما في يده وما يكسبه بعد الاذن ، وإلا فبما يكسبه .

والاصح اشتراط معرفة المضمون له ، وانه لا يشترط قبوله ورضاه ، ولا يشترط رضا المضمون عنه قطعاً ، ولا معرفته في الاصح ، ويشترط في المضمون كونه ثابتاً ، وصحح القديم ضمان ما سيجب ، والمذهب صحة ضمان الدرك بعد قبض الثمن : وهو أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيـع مستحقا ، أو معيباً أو ناقصاً لنقص الصنجة ، وكونه لازماً ، لا كنجوم كتابة ، ويصح ضمانه الثمن في مدة الخيار في الاصح ، وضمان الجعل كالرهن به ، وكونه معلوماً في الجديد .

والابراء من المجهول باطل في الجديد إلا من إبل الدية ، ويصح ضمانهـا في الاصح . ولو قال : ضمنت مالك على زيد من درهم الى عشرة فالاصح صحتـه ، وانه يكون ضامناً لعشرة ، قلت : الاصح لتسعة ، والله أعلم) .

---

(١) راجع شرح المحلي على المنهاج بهامش حاشية قليوبي وعميرة : ٢ ص ٣٢٣ وما بعدها .

باب الضمان

الشرح للجلال المحلي :

ويذكر معه الكفالة : هو التزام ما في ذمة الغير من المال . ويتحقق بالضامن والمضمون له وغيرهما [١] مما سيأتي .

شرط الضامن :

(شرط الضامن [٢]) ليصح ضمانه (الرشد) وهو كما تقدم في باب الحجر : صلاح الدين والمال : ولا يوجد ذلك بدون البلوغ والعقل . وعبارة المحرر : صحيح العبارة رشيداً ،فلا يصح ضمان الصبي والمجنون والمغمى عليه بسفهوالمحجور عليه .اه.

ضمان المفلس :

(وضمان المحجور عليه بفلس كشرائه) أي بثمن في الذمة ، والصحيح صحته [٣] كما تقدم في بابه .

ضمان العبد :

(وضمان عبد بغير إذن سيده باطل في الاصح) وإن كان مأذوناً له في التجارة . والثاني : يصح اذ لا ضرر على السيد فيه ، ويتبع به بعد العتق ،

---

(١) وهو المضمون ، والمضمون عنه ، والصيغة ، فاركان الضمان اذاً خمسة .

(٢) الضامن : يقال له ايضاً : الضمين ، والزعيم ، والحميل ، والكفيل ، والصبير ، والقبيل ، وقيل:الاولان للمال مطلقا ، والزعيم : للمال العظيم ، والحميل للدية،والكفيل للنفس ، أوالعين ، والقبيل والصبير للجميع .

(٣) الاصح صحة ضمان الذي أعلن تفليسه ، ويطالب بما ضمنه اذا انفك عنه الحجر وأيسر .

(ويصح باذنه [١] ، فان عين [٢] للاداء كسبه ، أو غيره [٣] كالمال الذي في يد المأذون (قضى منه ، وإلا فلا) أي وإن لم يعين بأن لم يذكر الاداء[٤] كما قال في الروضة كأصلها ، وإن اقتصر على الاذن في الضمان (فالاصح أنه إن كان مأذوناً له في التجارة تعلق) أي غرم [٥] الضمان (بما في يده) وقت الاذن فيه من رأس مال وربح (وما يكسبه بعد الاذن) فيه كاحتطابه (والا) أي وإن لم يكن مأذونا له في التجارة (فبما) أي فيتعلق غرم الضمان بما (يكسبه) بعد الاذن فقط . والوجه الثاني : يتعلق بذمته في القسمين [٦] ويتبع به بعد العتق ، والثالث : في الأول يتعلق بما يكسبه بعد الاذن فقط ، والرابع يتعلق بذلك وبالربح الحاصل في يده فقط . والثالث في الثاني [٧] يتعلق برقبته .

معرفة المضمون له :

(والأصح اشتراط معرفة المضمون له) أي أن يعرف الضامن المضمون له وهو مستحق الدين لتفاوت الناس في استيفائه تشديداً وتسهيلا . والثاني : ينظر الى أن الضامن يوفي فلا يبالي بذلك (و) الاصح على الاول (أنه لا يشترط

---

(١) أي باذن السيد .

(٢) أي عين السيد حال الاذن لا بعده للاداء كسب العبد .

(٣) أي غير كسب العبد من اموال السيد .

(٤) أي بأن اقتصر على الاذن في الضمان .

(٥) غرم : فاعل تعلق .

(٦) القسمان هما : الاول : كون العبد مأذوناً له في التجارة . والثاني : كون العبد غير مأذون له .

(٧) أي الوجه الثالث المخرج من قبل الاصحاب في القسم الثاني وهو كون العبد غير مأذون له هو أن يتعلق بذمته .

قبوله ورضاه) أي واحد منهما (١) ، والثاني : يشترطان أي الرضا ، ثم القبول لفظا . والثالث : يشترط الرضا دون القبول لفظاً ، وعلى اشتراطه يكون بينه وبين الضمان ما بين الايجاب والقبول في سائر العقود .

رضا المضمون عنه :

(ولا يشترط رضا المضمون عنه قطعا) وهو من عليه الدين (ولا معرفته في الاصح) والثاني : يشترط ليعرف حاله ، وانه هل يستحق اصطناع المعروف اليه .

الشرط الأول في الدين المضمون :

(ويشترط في المضمون) وهو الدين (كونه ثابتاً (٢) فلا يصح الضمان قبل ثبوته ، لانه وثيقة ، فلا يسبقه كالشهادة ، وهذا في الجديد. (وصحح القديم (٣) ضمان ماسيجب) كأن يضمن المائة التي ستجب ببيع أو قرض ، لان الحاجة قد تدعو اليه .

ضمان الدرك :

(والمذهب صحة ضمان الدرك (٤) بعد قبض الثمن وهو أن يضمن للمشتري

---

(١) الاصح لايشترط قبول المضمون له ولا رضاه لعدم التعرض لذلك في حديث أبي قتادة المذكور فيه قوله للرسول بعد ان امتنع عن الصلاة على جنازة :«صل الله عليه يارسول الله وعليّ دينه، فصلى عليه » .

(٢) أي كونه حقا ثابتا حال العقد ، فلا يصح ضمان ما لم يجب كنفقة ما بعد اليوم للزوجة وخادمها وضمان ما سيقرضه لفلان ، لان الضمان وثيقة بالحق ، فلا يتقدم عليه كالشهادة ، فيصح ضمان نفقة اليوم للزوجة وما قبله الا في المستقبل .

(٣) اي المذهب القديم للشافعي .

(٤) الدرك : بفتح الراء وسكونها ، سمي بذلك لوجود الغريم فيه عند ادراك المستحق عين ماله.=

الثمن أن خرج المبيع مستحقا (١) أو معيبا) ورد (أو ناقصاً لنقص الصنجة (٢)) التي وزن بها ، ورد ، وهي بفتح الصاد ، ووجه صحته : الحاجة اليه ، وفي قول: هو باطل ؛ لانه ضمان مالم يجب ، وأجيب بأنه ان خرج المبيع كما ذكر ، تبين وجوب رد الثمن . وقطع بعضهم بالاول . ولا يصح (٣) قبل قبض الثمن ، لانه انما يضمن ما دخل في ضمان البائع وقيل : يصح قبل قبضه ، لانه قد تدعو الحاجة اليه بأن لا يسلم الثمن الا بعده .

الشرط الثاني في الدين المضمون :

(وكونه) أي المضمون لازما ، لا كنجوم كتابة (٤)) اذ للمكاتب اسقاطها بالفسخ ، فلا يصح ضمانها ، وسواء في اللازم : المستقر وغيره كثمن المبيع بعد قبض المبيع وقبله (ويصح ضمان الثمن في مدة الخيار في الاصح) لانه آيل الى اللزوم . والثاني : ينظر الى انه غير لازم الآن . وأشار الامام (٥) الى أن تصحيح الضمان مفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن الى البائع ، أما اذا منعه فهو ضمان مالم يجب (وضمان (٦) الجعل) في الجعالة (كالرهن

=وضمان الدرك: اي التبعة وهي المطالبة والمؤاخذة ، والقول بصحته وان لم يكن له حق ثابت لان الحاجة قد تدعو الى معاملة الغريب ، ويخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقا ولا يظفر به ، فاحتيج الى التوثق به .

(١) بفتح التاء اي كون المبيع كله او بعضه حقا لغير البائع .

(٢) الصنجة : بفتح الصاد ، فارسية وعربت ، وهي معيار الوزن التي يوزن بها .

(٣) اي لا يصح ضمان الدرك .

(٤) النجوم جمع نجم : وهو ما يؤدى من الدين في وقت معين.والمراد بها هنا اقساط عقد الكتابة التي يصبح العبد بعد أدائها حراً .

(٥) المقصود به عند الاطلاق : هو الامام الرازي .

(٦) ضمان مبتدأ ، وخبره مقدر دل عليه الجار والمجرور وهو كالرهن .

به) وتقدم أنه لا يصح الرهن به قبل الفراغ من العمل . وقيل : يجوز بعد الشروع فيه ، وأما بعد تمامه فيجوز قطعا .

الشرط الثالث في الدين المضمون :

(وكونه) أي المضمون (معلوماً في الجديد) فلا يصح ضمان المجهول ، وصححه القديم بشرط أن تتأتى الاحاطة به ، كضمنت مالك على فلان ، وهو لا يعرفه ، لان معرفته متيسرة بخلاف : ضمنت شيئاً مما لك عليه ، فلا يصح قطعا .

الابراء من المجهول :

(والابراء من المجهول باطل في الجديد (١)) بناء على أنه تمليك المدين مافي ذمته ، فيشترط علمهما به . وفي القديم : يصح بناء على أنه اسقاط كالاعتاق وعلى التمليك (٢) لا يحتاج الى القبول ، لان المقصود منه الاسقاط . وقيل : يحتاج اليه (الا من ابل الدية) فيصح الابراء منها على القولين مع الجهل بصفتها لأنه اغتفر ذلك في اثباتها في ذمة الجاني ، فيغتفر في الإبراء تبعاً له .

ضمان الدية :

(ويصح ضمانها في الاصح) على الجديد كالقديم ؛ لانها معلومة السن والعدد ويرجع في صفتها الى غالب ابل البلد . والثاني : ينظر الى جهل صفتها .

ضمان ما على شخص :

(ولو قال : ضمنت مما لك على زيد من درهم الى عشرة فالأصح صحته (٣)

---

(١) الابراء من العين باطل جزما ،لانه لا يعقل ، وكذا الابراء من الدين المجهول جنسا او قدرا او صفة باطل في المذهب الجديد ، لأن البراءة متوقفة على الرضا ، ولا يعقل مع الجهالة ؛ لأن الابراء تمليك . وفي القديم : يصح لأن الإبراء اسقاط محض كالاعتاق .

(٢) يصح الإبراء من الابل الواجبة في الدية في القتل الخطأ أو العمد ، وان كانت مجهولة الصفة .

(٣) الأصح صحة ذلك لانتفاء الغرر بذكر غاية الكلام وهو قوله : الى عشرة .

والثاني بطلانه لما فيه من الجهالة . ودفعت بذكر الغـــاية(١) او) الاصح على الاول (انه يكون ضامناً لعشرة . قلت(٢) : الاصح لتسعة ، والله اعلم) كذا صححه في الروضة ، وقيل : لثمانية اخراجاً للطرفين . والاول : ادخلهما ، والثاني : ادخل الاول فقط وصححه في المحرر في نظير المسألة من الاقرار (٣) . ونقل في الشرح تصحيح الأول عن البغوي في المسألتين .

تحليل النص

الضمان : لغة الالتزام . وشرعاً يقال لالتزام حق ثابت في ذمة الغير ، أو احضار من هو عليه ، أو عين مضمونة ، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك . ويشترط في الضامن الرشد أي صلاح الدين والمال ، لان الضمان تصرف مالي ، فلا يصح من مجنون وصبي ومحجور عليه بسفه لعدم رشدهم . والاصح صحة ضمان المحجور عليه بفلس ويطالب بما ضمنه بعد زوال الحجر وتحقق اليسار والاصح اشتراط معرفة الضامن المضمون له ، والمراد بمعرفته معرفته بالعين لا الاسم والنسب ، والاصح انه لا يشترط قبوله للضمان ولا رضاه للحديث الذي ضمن فيه ابو قتادة الدينارين أو الثلاثة عن ميت ، فليس فيه تعرض لرضا المضمون له .

ولا يشترط رضا المضمون عنه : وهو المدين قطعاً بدون خلاف ، لان قضاء دين الغير بغير اذنه جائز ، فالتزامه اولى ، كما لا يشترط معرفة المدين في الاصح

---

(١) أي يرد على الوجه الثاني القائل بالبطلان لجهالة المقدار بأن ذكر غاية الكلام يدفع الجهالة .

(٢) أي قال الإمام النووي معقباً على تصحيح الرافعي .

(٣) أي صحح الرافعي في كتاب المحرر ادخال الدرهم الأول في مسألة مناظرة هــذه المسألة أي شبيهة بها في بحث الإقرار .

قياساً على رضاه ؛ اذ ليس ثم معاملة معه . ويرد على الوجه الثاني القائــل بأنه يشترط معرفة المدين ليعرف هل هو من أهــل المعروف ام لا : بأن اصطناع المعروف لاهله ولغير أهله معروف .

ويشترط في الدين المضمون شروط ثلاثة :

اولها :

ان يكون الدين حقاً ثابتاً حال العقد ، فلا يصح ضمان مـالم يجب ، سواء سبق سبب وجوبه مثل نفقة ما بعد اليوم للزوجـة وخادمها ، أم لم يسبق سبب وجوبه كضمان ما سيقرضه لفلان ، لان الضمان وثيقة بالحق ، فلا يسبقه كالشهادة ، فيصح الضمان اذاً بنفقة اليوم للزوجة وما قبله لثبوته ، لا بنفقة القريب في المستقبل . وفي المذهب القديم : يجوز ضمان ما سيجب كثمن ما يبيعه أو ما سيقرضه ؛ لان الحاجة قد تدعو اليه .

ويستثنى من هذا الشرط أنه يصح ضمان الدرك أو ضمان العهدة ويسمى بالعهدة لا لتزام الضامن ما في عهــدة البائــع رده . وصحة هذا الضمان مشروط بما بعد قبض الثمن ؛ لانَ الضامن يضمن ما دخل في يد البائع ، ولا يدخل الثمن في ضمانه الا بقبضه ، وضمان الدرك ومعنـاه ان يضمن شخص للمشتري الثمن ان خوج المبيع مستحقاً ، أو معيباً ورده المشتري ،او ناقصاً اما لرداءته أو لنقص الصنجة .

ثانيها :

ان يكون الدين المضمون لازماً غير مستقر كالمهر قبل الدخول أو الموت وثمن المبيع قبل قبضه ، ودين السلم للحاجة الى التوثق ؛ لانه آيل إلى الاستقرار ، ويصح ضمان الدين المستقر أيضاً كثمن المبيع بعد قبضه . ولا يصح ضمان أقساط عقـد المكاتبة ؛ لان للمكاتب اسقاطها بالفسخ ، فلا معنى للتوثق عليه . ويصح ضمان الثمن في مدة الخيار في الاصح ، لانه آيل الى اللزوم بنفسه ، فألحق باللازم ، وهذا

مبني على ان الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن الى البائع ، وهو المعتمد عند الشافعية ، فلو كان الخيار للعاقدين أو للبائع وحده لم يصح الضمان .

وضمان الجعل كالرهن به لا يصح الا بعد الفراغ من العمل قطعاً ، ولايصح قبله ، ولو بعد الشروع ؛ لانه غير لازم .

وثالثا :

ان يكون المضمون معلوماً جنساً وقدراً وصفة وعينا في المذهب الجديد ؛ لانه اثبات مال في الذمة لشخص بعقد ، فأشبه البيع والاجارة ، فلا يصح ضمان المجهول ولا غير المعين كأحد الدينين . ولا يشترط هذا الشرط في المذهب القديم لان معرفة الدين متيسرة . والابراء من الدين المجهول باطل في المذهب الجديد ، الا من إبل الدية فيصح الابراء منها وضمانها في الاصح ، وان كانت مجهولة الصفة ؛ لان الجهالة فيها مغتفرة . ويصح ضمان مالو قال : ضمنت مالك على فلان من درهم الى عشرة ، ويضمن في حدود التسعة ادخالا للاول ؛ لانه مبدأ الالتزام دون الغاية .

باب الحوالة [1]

المتن :

(يشترط لها رضا المحيل والمحتال ، لا المحال عليه في الاصح ، ولا تصح على من لا دين عليه ، وقيل : تصح برضاه ، وتصح بالدين اللازم ، وعليه ، والمثلي وكذا المتقوم في الاصح ، وبالثمن في مدة الخيار ، وعليه في الاصح ، والاصح صحة حوالة المكاتب سيده بالنجوم ، دون حوالة السيد عليه .

ويشترط العلم بما يحال به وعليه قدراً وصفة ، وفي قول : تصح بابل الدية

---

(١) راجع شرح المحلي بهامش حاشية قليوبي وعميرة : ٢ ص ٣١٩ وما بعدها .

وعليهـــا ، ويشترط تساويهما جنساً وقدراً ، وكذا حلولا واجلا ، وصحة وكسراً في الاصح .

ويبرأ بالحوالة المحيل عن دين المحتال ، والمحال عليه عن دين المحيل ، ويتحول حق المحتال الى ذمة المحال عليه ، فان تعذر بفلس أو جحد وحلف ونحوهما : لم يرجع على المحيل ، فلو كان مفلساً عند الحوالة وجهله المحتال فلا رجوع له ، وقيل : له الرجوع ان شرط يساره ، ولو احال المشتري بالثمن فرد المبيـع بعيب بطلت في الاظهر ، أو البائع بالثمن فوجـد الرد لم تبطل على المذهب ، ولو باع عبداً وأحال بثمنـــه ثم اتفق المتبايعان والمحتال على حريتـــه ، أو ثبتت ببينة بطلت الحوالة ، وان كذبهما المحتال ولا بينـــة ، حلفاه على نفي العلم ، ثم يأخـذ المال من المشتري .

ولو قال المستحق عليه : وكلتك لتقبض لي ، وقال المستحق : احلتني ، أو قال : اردت بقولي : احلتك الوكالة ، وقال المستحق : بل اردت الحوالة ، صدق المستحق عليه بيمينه ، وفي الصورة الثانية وجه . وان قال : احلتك ، فقال ، وكلتني صدق الثاني بيمينه .

باب الحوالة

الشرح :

تعريف الحولة :

هي أن تحيل من له عليك دين على من لك عليـــه مثله ، فتقول : احلتك بعشرتك على فلان بعشرتي عليه ، فيقول : احتلت . والاصل فيها حديث الشيخين : « مطل الغني ظلم ، واذا اتبـع احدكم على مليء [1] فليتبـع » وروى الامام احمد

---

(١) مليء بالهمزة : الغني ، والمطل : اطالة المدافعة .

والبيهقي : « واذا احيل احدكم على مليء فليحتل » وأتبـع بسكون التاء ، احيل ، فليتبـع ـ بسكونها : فليحتل .

اشتراط رضا المحيل والمحال :

(يشترط لها) لتصح (رضا المحيل والمحتال) لانهما عاقداها ، فهي بيـع دين بدين في الاصح، جوزها الشارع للحاجة (لا المحال عليه في الاصح) لانه محل الحق فلصاحبه ان يستوفيه بغيره[1] . والثاني مبني على ان الحوالة استيفاء حق كأن المحتال استوفى ما كان له على المحيل ، وأقرضه المحال عليه ، ويتعذر (اقراضه من غير رضاه .

اشتراط وجود الدين على المحال عليه :

(ولا تصح على من لا دين عليه ، وقيل : تصح برضاه[2]) بنـــاء على أنها استيفاء الى آخره ، فقبوله[3] ضمان لا يبرأ به المحيل ، وقيل : يبرأ .

كون الدين لازماً :

(وتصح بالدين اللازم[4] وعليـه[5] وإن اختلف الدينان في سبب الوجوب

---

(١) لا يشترط رضا المحال عليه لانه محل الحق والتصرف كالعبد المبيع ،ولان الحق للمحيل فله ان يستوفيه بغيره ، كما لو وكل غيره بالاستيفاء اي القبض .

(٢) أي تصح برضا من لادين عليه بناء على أن الحوالة استيفاء أي اذا قلنا مع وجود الدينين أن الحوالة استيفاء الخ فمع عدم دين المحال تكون ضماناً .

(٣) أي اذا قبل الحوالة من لادين عليه فتكون حقيقة الحوالة هنا هي الضمان أي الكفالة فيكون قول المحيل للمحال : أحلتك اذنا مجردا في الضمان ، وقبول المحال عليه معناه ضمانه ، وقبول المحال معناه قبول الضمان .

(٤) الدين اللازم : هو مالا خيار فيه ، ويشترط فيه أن يكون مما يجوز الاعتياض عنه كما سنبين في الحاشية التالية .

(٥) أي تصح الحوالة على الدين اللازم بأن يحيل البائع غيره على المشتري ، سواء اتفق الدينان في سبب الوجوب ام اختلفا كأن كان احدهما ثمناً والآخر قرضاً أو اجرة .

كالثمن والقرض والاجرة وبدل المتلف ، ويستثنى دين السلم فإنه لازم ، ولا تصح الحوالة به ولا عليه على الصحيح[١] ، ومقابله مبني على أنها استيفاء . ذكر هذا الاستدراك في الروضة (المثلي)[٢] من الدين كالتمر والحب (وكذا المتقوم) منه كالثوب والعبد (في الاصح)[٣] والثاني يشترط كونه مثلياً ليتحقق مقصود الحوالة من ايصال المستحق الى الحق من غير تفاوت[٤] .

(و) تصح (بالثمن في مدة الخيار ، وعليه(٥) في الاصح) لانه آيل الى اللزوم ، والثاني : ينظر إلى أنه غير لازم الآن (والاصح صحة حوالة المكاتب سيده بالنجوم دون حوالة السيد عليه)[٦] والثاني : صحتها ، والثالث : عدم صحتهما . وفرق الاول بأن للمكاتب اسقاط النجوم متى شاء، فلم تصح حوالة السيد عليه بخلاف حوالته السيد.

---

(١) لا تصح الحوالة بدين السلم وعليه وان كان لازماً لانه يشترط في الدين أن يجوز الاعتياض عنه أي استبداله كالثمن بعد مدة الخيار ، حتى وان لم يستقر كالمهر قبل الدخول والموت ، والاجرة قبل مضي المدة والثمن قبل قبض المبيع بأن يحيل به المشتري البائع على شخص ثالث ، وبما أن دين السلم لا يجوز الاعتياض عنه فلا تجوز الحوالة به وعليه .

(٢) أي تصح الحوالة بالدين المثلي .

(٣) تصح الحوالة بالدين المتقوم في الاصح لثبوته في الذمة بطريق عقد السلم بأن يكون مسلماً فيه .

(٤) أي أن الحق المستوفى ينبغي أن يكون مماثلا للحق المعطى بدون اختلاف، ولا يتحقق عدم التفاوت في المتقوم أي فيما لا مثل له .

(٥) أي تصح الحوالة على الثمن بأن يحيل البائع انساناً على المشتري لاخذ حقه من الثمن .

(٦) أي يصح للعبد أن يحيل سيده بأقساط عقد الكتابة على شخص لوجود اللزوم من جهة السيد في هذا العقد ولوجود اللزوم أيضاً من جهة المحال عليه ، ولا تصح حوالة السيد غيره على المكاتب بمال الكتابه ، لأن عقد الكتابة جائز غير لازم بالنسبة للمكاتب أي يصح له فسخه متى شاء ، فلا يتمكن المحال من مطالبته والزامه .

العلم بالمحال به :

(ويشترط العلم(١) بما يحال به وعليه قدراً وصفة . وفي قول : تصح بابل الدية وعليها) والاظهر المنع للجهل بصفتها (٢) .

تساوي الدينين :

(ويشترط تساويهما) أي المحال به وعليه (جنسا وقدرا وكذا حلولا وأجلاً وصحة وكسراً(٣) في الاصح) والثاني تصح بالمؤجل على الحال ، لأن للمحيل أن يعجل ما عليه ، وبالمكسر على الصحيح ، ويكون المحيل متبرعاً بصفة الصحة ، بخلاف العكس فيهما ، لأن تأجيل الحال لايصح ، وترك صفة الصحة ليحيله رشوة .

الحوالة مبرئة لذمة المحيل :

(ويبرأ بالحوالة المحيل عن دين المحتال ، والمحال عليه عن دين المحيل ويتحول حق المحتال إلى ذمة المحال عليه) أي يصير في ذمته ، سواء قلنا : الحوالة بيع أم استيفاء (فان تعذر) أخذه(٤) (بفلس أو جحد (٥) وحلف(٦) ونحوهما)

---

(١) أي علم كل من المحيل والمحال .

(٢) وصورة المسألة : أن يجني رجل على رجل جناية غير قاتلة ، ثم يجني المجني عليه على آخر نفس الجناية ، فيجب عليه مثلا خمس من الابل ، فيحيل المجني عليه أولا وهو الجاني ثانياً على الجاني أولا بخمس من الابل .

(٣) هذا وصف يختلف غرض الناس باختلافه في الماضي ، فالصحيح هو القطعة الكاملة ذات المائة مثلا أو العشرة ، والمكسر : هو أجزاء القطعة الكاملة أو وحداتها وهي القروش ،وهذا مثل اختلاف الجودة والرداءة في الحكم .

(٤) أي : أخذ الدين من المحال عليه .

(٥) أي : نكران منه للدين أو للحواله .

(٦) أي اقسم على ذلك .

كموت (لم يرجع على المحيل) كما لو أخذ عوضاً عن الدين وتلف في يده .

(فلو كان مفلساً عند الحوالة وجهله المحتال فلا رجوع له) كمن اشترى شيئاً هو مغبون فيه (وقيل : له الرجوع إن شرط يساره) لإخلاف الشرط . والاول يقول : هذا الشرط غير معتبر ، وهو مقصر بترك الفحص .

بطلان الحوالة برد المبيع المعيب :

(ولو أحال المشتري) البائع (بالثمن ، فرد المبيع بعيب بطلت في الاظهر لارتفاع الثمن بانفساخ البيع(١) ، والثاني : لا تبطل ، كما لو استبدل عن الثمن ثوبا فانه لايبطل برد المبيع ، ويرجع بمثل الثمن ، وسواء في الخلاف أكان رد المبيع بعد قبضه أو قبله ، وبعد قبض المحتال الثمن أم قبله . وقيل : إن كان الرد قبل قبض المبيع بطلت قطعاً ، وقيل : إن كان بعد قبض المحتال لم تبطل قطعاً . (أو) أحال (البائع) على المشتري (بالثمن فوجد الرد) للمبيع بعيب (لم تبطل على المذهب) ، والطريق الثاني طرد القولين(٢) ، وفرق الاول بتعلق الحق هنا بثالث(٣) ، وسواء عليه قبض المحتال المال أم لا ، فإن كان قبضه رجع المشتري على البائع ، والا فهل له الرجوع عليه في الحال ، أو لا يرجع إلا بعد القبض : وجهان أصحهما الثاني .

بطلان الحوالة بثمن عبد بعد ثبوت حريته :

(ولو باع عبداً أو أحال بثمنه) على المشتري (ثم اتفق المتبايعان والمحتال على

---

(١) وحينئذ يرد البائع ما قبضه من المحال عليه للمشتري أو بدله ان تلف لاذنه في قبضه . ومعنى قوله لارتفاع الثمن أي لعدم استحقاقه الثمن بالانفساخ .

(٢) أي اجرى القولين في المسألة السابقة قبلها .

(٣) الثالث : هو الذي انتقل اليه الثمن ، فلم يبطل حقه بفسخ المتعاقدين ، كما لو تصرف البائع في الثمن ، ثم رد المشتري ما اشتراه بعيب ، فان تصرفه لا يبطل .

حريته ، أو ثبتت ببينة) تشهد حسبة أو يقيمها العبد (بطلت الحوالة) لبطلان البيع ، فيرد المحتال ما أخذه على المشتري ، ويبقى حقه كما كان (وإن كذبهما المحتال) في الحرية (ولا بينة) بها (حلفاه على نفي العلم) بها(١) (ثم) بعد حلفه (يأخذ المال من المشتري) وهل يرجع المشتري على البائع المحيل لانه قضى دينه بإذنه ، أو لا يرجع ، لانه يقول : ظلمني المحتال بما أخذه ، والمظلوم لا يطالب غير ظالمه ؟ قال البغوي بالثاني ، والشيخ أبو حامد وابن كج وأبو علي بالاول ، وهو الأظهر في الشرح الصغير ، وعلى هذا : هل له الرجوع قبل الدفع الى المحتال ؟ فيه الوجهان السابقان .

اختلاف المدين والدين في الحوالة أو الوكالة :

(ولو قال المستحق عليه) للمستحق(٢) : وكلتك لتقبض لي ، وقال المستحق : أحلتني ، أو قال الاول : (اردت بقولي : احلتك : الوكالة ، وقال المستحق : بل أردت الحوالة ، صدق المستحق عليه بيمينه) لانه اعرف بقصده ، والاصل بقاء الحقين(٣) (وفي الصورة الثانية وجه) بتصديق المستحق بيمينه لشهادة لفظ الحوالة(٤) .ومحل الخلاف : إذا قال : أحلتك بمائة مثلا على عمرو ، فإن قال

---

(١) يحلف على نفي العلم بحرية العبد ، لان هذه قاعدة الحلف على النفي الذي لايتعلق به ، فيقول: والله لا اعلم حريته .

(٢) استعمل المصنف عبارة : المستحق والمستحق عليه ليشير بذلك الى أن صورة المسألة فيما اذا اتفقا على الدين ، فلو انكر مدعي الوكالة الدين في الحالة الاولى صدق بيمينه قطعاً ،وكذا يصدق في الحالة الثانية عند الجمهور .

(٣) يصدق المستحق عليه بيمينه، لأنه أعرف بارادته، والاصل أن يكون حقا المستحق والمستحق عليه باقيين .

(٤) أي لأن ظاهر اللفظ وهو الحوالة مؤيد المستحق .

بالمائة التي لك على عمرو فالمصدق المستحق قطعاً ، لأن هذا لا يحتمل الا حقيقة الحوالة . وإذا حلف المستحق عليه في الصورتين اندفعت(١) الحوالة ، وبانكار الآخر الوكالة انعزل ، فليس له قبض .وإن كان قبض المال قبل الحلف برىء الدافع له ، لأنه وكيل ، او محتال ، ووجب تسليمه للحالف ، وحقه عليه باق .

(وان قال) المستحق عليه : (أحلتك فقال) المستحق : (وكلتني صدق الثاني بيمينه) لان الاصل بقاء حقه . وكذا يصدق بيمينه اذا قال عن الآخر : انه أراد بقوله : احلتك الوكالة . وقيل : المصدق الآخر ، لما تقدم[٢] .

ويظهر أثر النزاع في المسألتين عند افلاس المحال عليه ، واذا حلف المستحق فيهما اندفعت الحوالة ، ويأخذ حقه من الآخر ، ويرجع به[٣] الآخر على المحال عليه في أحد وجهين[٤] ، اختاره ابن كج .

تحليل النص

الحوالة في اللغة : الانتقال ، وفي الشرع : عقد يقتضي نقل دين من ذمة الى ذمة . والأصح عند الشافعية انها بيع دين بدين جوز للحاجة ، ولهذا لم يشترط التقابض في المجلس ، وان كان الدينان ربويين ، فهو بيع ، لأنها ابدال مال بمال ، لأن كل واحد من المحيل والمحال ملك بها ما لم يملك ، فكأن المحيل باع المحال ماله في ذمة المحال عليه بما للمحال في ذمته . وقيل : الحوالة استيفاء ، وهو القول المنصوص عليه في الام ، فكأن المحال استوفى ما على المحيل ، وأقرضه المحال عليه .

---

(١) أي زالت الحوالة .

(٢) أي بقوله : لأنه اعرف بقصده ، واجيب بأنه لا نظر لذلك مع كون الاصل بقاء حقه .

(٣) أي بعد اخذه منه .

(٤) هو القول المعتمد .

وأركان الحوالة ستة : محيل ، ومحتال ، ومحال عليه ، ودين للمحتال على المحيل ، ودين للمحيل على المحال عليه ، وصيغة .

ويشترط لصحة الحوالة وجود رضا المحيل والمحتال ، لانهما العاقدان للحوالة ، ولا يشترط رضا المحال عليه ، لانه ملزم بأداء الحق سواء اكان لصاحبه ام لمن يحيله عليه صاحبه .

ولا تصح الحوالة على من لادين عليه ؛ لان الحوالة في الاصح تعتبر بيعاً ، اذ ليس للمحيل على المحال عليه شيء يجعله عوضاً عن حق المحال . وقيل : تصح الحوالة برضا المحال عليه ، بناء على ان الحوالة استيفاء للحق ، ويعتبر المحال عليه حينئذ بمثابة الكفيل أو الضامن .

وتصح الحوالة بالدين اللازم ، وهو مالا خيار فيه ، بشرط ان يجوز الاعتياض عنه كالثمن بعد مضي مدة الخيار ، كذلك تصح الحوالة على الدين اللازم كأن يحيل البائع غيره على المشتري .

وتصح الحوالة بالدين المثلي كالنقود والحبوب وبالدين المتقوم - بكسر الواو كالعبد والثوب في الاصح ، لثبوته في الذمة بعقد السلم ولزومه . وقيل : لاتصح بالمتقوم . وتصح الحوالة في الاصح بالثمن في مدة الخيار بأن يحيل المشتري البائع على انسان ، وتصح الحوالة أيضاً في الاصح على الثمن في هذه المدة بأن يحيل البائع انساناً على المشتري ؛ لان الثمن آيل إلى اللزوم بنفسه ، وقيل : لا تصح الحوالة في الحالتين لعدم لزوم الثمن في اثناء مدة الخيار .

والاصح صحة الحوالة من المكاتب لسيده بأقساط الكتابه ، دون العكس كما بينا في الحاشية أثناء الشرح الاصلي .

ويشترط ان يعلم كل من المحيل والمحال بالمحال به وبما يحال عليه قدراً كمائة ليرة مثلاً ، وصفة كما هو مشروط في عقد السلم بمعرفة الجنس والنوع ونحوهما ،

لان المجهول لا يصح بيعه باعتبار أن الحوالة بيع ، كما لا يصح استيفاؤه اذا اعتبرنا الحوالة استيفاء . وقيل : تصح الحوالة بابل الدية كما تصح الحوالة عليها ، والاظهر عدم الصحه للجهل بصفتها .

ويشترط تساوي الدينين : المحال به وما يحال عليه في الاصح وذلك جنساً فلا تصح الحوالة بالدراهم على الدنانير وعكسه ، وقدراً فلا تصح بخمس ليرات على عشرة وعكسه ، لان الحوالة معاوضة جوزت للحاجة فاشترط في الدينين الاتفاق في الجنس والقدر كالقرض . وكذلك يشترط التساوي حلولا وأجلا وقدر الاجل ، وجودة ورداءة ونحو ذلك مما يختلف غرض الناس بحسب اختلافه . والوجه الثاني : أن الحوالة تصح مع عدم التساوي المذكور اذا كان هناك نفع للمحال ، فتصح الحوالة بالمؤجل على الحال وبالرديء على الجيد وبأبعد الاجلين على الاقرب لا العكس ، وكأن المحيل في هذه الحالة متبرع بالزيادة .

ويبرأ المحيل بالحوالة عن دين المحال ، كما يبرأ المحال عليه عن دين المحيل ويصبح حق المحال معلقاً في ذمة المحال عليه ، فان تعذر اخذ الدين من المحال عليه بسبب افلاس طارىء ، أو نكران للدين بعد الحوالة أو موت لم يرجع المحال على المحيل بشيء ، كما لو اخذ المحال عوضاً عن دينه ثم تلف في يده ، فلو شرط على المحيل الرجوع بسبب من هذه الاسباب لم تصح الحوالة ، لانه شرط يخالف مقتضاها . ولو كان المحال عليه مفلساً عند الحوالة وجهل المحال ذلك فلا حق له في الرجوع أيضاً ، لانه مقصر بترك البحث والسؤال عن حال المحال عليه . وقيل : له الرجوع ان شرط يسار المحال عليه لاخلاف الشرط .

وتبطل الحوالة من المشتري للبائع بالثمن اذا رد المبيع المعيب على صاحبه ، لأن الثمن اصبح لا حق للبائع فيه . وقيل : لا تبطل الحوالة ، كما لو استبدل البائع عن الثمن ثوباً ، فان الاستبدال لا يبطل برد المبيع ، ويرجع المشتري على

البائع بمثل الثمن . ولا تبطل الحوالة من البائع لشخص آخر على المشتري إذا رد المبيع بعيب أو نحوه نظراً لتعلق الحق بطرف ثالث فلا يؤثر عليه رد المبيع على صاحبه سواء قبض المحال المال ام لا .

وتبطل الحوالة من البائع على المشتري بثمن عبد ثبتت حريته اما باتفاق المتبايعين والمحال ، أو بالبينة التي يقيمها العبد ، لانه تبين ان لا ثمن هناك حتى يحال به ، فيرد المحال ما اخذه على المشتري ويبقى حقه كما كان . وهكذا الحكم في كل ما يمنع صحة البيع ككون المبيع مستحقاً لغير البائع . فان كذب المحال ادعاء المتعاقدين حرية العبد ولا بينة له ، فانها يحلفانه على عدم علمه بالحرية فيقول : والله لا أعلم حريته ، فان حلف اخذ المال من المشتري لبقاء الحوالة ، ثم يرجع المشتري بهذا المال على البائع .

واذا اختلف المتعاقدان في تكييف العقد : هل هو حوالة أم وكالة ، صدق المدعي الوكالة ، مثل أن يقول شخص لآخر : وكلتك لتقبض لي ديني من فلان ، فقال الآخر : بل أحلتني به أو قال الأول : أردت بقولي : احلتك به الوكالة ، وقال الآخر : بل اردت بذلك الحوالة ، فيصدق الشخص الأول بيمينه ، لأنه اعرف بقصده وارادته ، والاصل ان الحقين باقيان على حالهما ، لم يطرأ عليهما براءة . وقيل : يصدق الشخص الثاني في الصورة الثانية ، لان ظاهر اللفظ وهو الحوالة شاهد معه .

وان قال شخص لآخر : أحلتك ، فقال الآخر : وكلتني ، صدق هذا الأخير أي مدعي الوكالة جزماً لأن الأصل بقاء حقه كما كان .
وتظهر فائدة الخلاف في هاتين المسألتين [1] في حالة افلاس المحال عليه ، فاذا

---

(١) وهما المسألة الأخيرة في كلام المصنف وهي ان يقول المستحق عليه : احلتك ، فيقول المستحق وكلتني والمسألة التي ذكرها الشارح وهي ان يقول المستحق : اردت بقولك : احلتك : الوكالة.

قلنا : إن العقد حوالة ، فيبرأ المحيل . واذا قلنا : ان العقد وكالة وهو الرأي الارجح فلا يبرأ المحيل بافلاس المحال عليه .

واذا حلف المستحق وهو الطرف الآخر في الصورتين الأخيرتين أو المسألتين بطلت الحوالة ،وحينئذ يأخذ المستحق حقه من المحيل ، ثم يطالب المحيل المحال عليه بهذا الحق بعد ان أخذه المستحق منه . فان كان المحال قد قبضه من المحال عليه فله تملكه ، لانه من جنس حقه .

• • •

كتاب السير[1]

المتن :

(كان الجهاد في عهد رسول الله ﷺ فرض كفاية ، وقيل : عين . وأما بعده فالكفار حالان : احدهما ـ يكونون ببلادهم ، ففرض كفاية إذا فعله من فيهم كفاية سقط الحرج عن الباقين . ومن فروض الكفاية : القيام باقامة الحجج وحل المشكلات في الدين ، وبعلوم الشرع كتفسير وحديث ، والفروع بحيث يصلح للقضاء ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، واحياء الكعبة كل سنة بالزيارة ، ودفع ضرر المسلمين ككسوة عار ، واطعام جائع إذا لم يندفع بزكاة ، وبيت مال ، وتحمل الشهادة واداؤها ، والحرف ، والصنائع ، وما تتم بـه المعايش وجواب سلام على جماعة ، ويسن ابتداؤه ، لا على قاضي حاجـة وآكل ، وفي حمام ، ولا جواب عليهم .

ولا جهاد على صبي ومجنون وامرأة ومريض وذي عرج بين ، واقطع واشل ، وعبد وعادم أهبة قتال ، وكل عذر منع الجهاد وجوب الحج،الا خوف طريق من كفار ، وكذا من لصوص المسلمين على الصحيح ، والدين الحال يحرم سفر جهاد وغيره الا باذن غريمه ، والمؤجل لا ، وقيل : يمنع سفراً مخوفاً .

ويحرم جهاد الا باذن ابويه ان كانا مسلمين ، لا سفر تعلم فرض عين ، وكذا كفاية في الاصح ، فان أذن ابواه والغريم ، ثم رجعـوا وجب الرجوع ان لم يحضر الصف ، فان شرع في قتال حرم الانصراف في الاظهر .

---

(١) راجع شرح المحلي بهامش حاشية قليوبي وعميرة : ٤ ص ٢١٣ وما بعدها .

الثاني - يدخلون بلدة لنا ، فيلزم اهلها الدفع بالممكن ، فان امكن تأهب لقتال ، وجب الممكن حتى على فقير ومدين وولد وعبد بلا اذن ، وقيل : ان حصلت مقاومة بأحرار اشترط اذن سيده ، والا فمن قصد دفع عن نفسه بالممكن ان علم انه ان أخذ قتل ، وان جوز الأسر فله ان يستسلم ، ومن هو دون مسافة قصر من البلدة كأهلها ، ومن على المسافة يلزمهم الموافقة بقدر الكفاية ان لم يكف أهلها ومن يليهم . قيل : وان كفوا ، ولو اسروا مسلماً فالاصح وجوب النهوض اليهم لخلاصه ان توقعناه) .

* * *

كتاب السير

الشرح :

السير : بكسر السين وفتح الياء : وهذا الكتاب مشتمل على الجهاد وما يتعلق به المتلقى من سير رسول الله ﷺ في غزواته ، فترجم بها ، ومنهم من ترجم بالجهاد .

فرضية الجهاد :

(كان الجهاد في عهد رسول الله ﷺ) بعد الهجرة (فرض كفاية ، وقيل) : فرض (عين) لقوله تعالى : « الا تنفروا يعذبكم عذاباً اليما » ومن لم يخرج من المدينة كان يحرسها ، وحراستها نوع من الجهاد ، والاول يمنع حراسة الجميع [١] .

حالة فرضية الجهاد الكفائية :

(وأما بعده [٢] فللكفار حالان : احدهما - كفاية) يجب في كل سنة مرة ، يكونون ببلادهم ، ففرض (إذا فعله من فيهم كفاية ، سقط الحرج عن الباقين) كما هو شأن فرض الكفاية ، بناء على قول الجمهور : إنه على الجميع [٣] .

بعض فروض الكفاية :

(ومن فرض الكفاية : القيام باقامة الحجج) العلمية (وحل المشكلات)

---

(١) أي اجاب صاحب القول الاول بان الحراسة لم تكن من جميع المسلمين ، او بأن الوعيد في الآية « الا تنفروا ... » لمن عينه النبي صلى الله عليه وسلم للخروج .

(٢) أي ما بعد عصر النبي صلى الله عليه وسلم .

(٣) أي أن جمهور الاصوليين يقولون : ان فرض الكفاية يتعلق بجميع المكلفين وهـو المذهب الصحيح (راجع لنا الوسيط في اصول الفقه:ص ٥٨) .

في الدين ودفع الشبه (و) القيام (بعلوم الشرع كتفسير وحديث) بما يتعلق بها [١] (والفروع الفقهية بحيث يصلح للقضاء) والافتاء للحاجة اليها . وعرف (٢) الفروع دون ما قبله لما ذكره بعده [٣] واسقط [٤] من المحرر الفتوى (والامر بالمعروف والنهي عن المنكر) أي الأمر بواجبات الشرع والنهي عن محرماته (واحياء الكعبة كل سنة بالزيارة) بأن يؤتى بالحج والاعتمار كما في الروضة كاصلها بدل الزيارة [٥] : الحج والعمرة . (ودفع ضرر المسلمين ككسوة عار واطعام جائع اذا لم يندفع بزكاة وبيت مال) من سهم المصالح [٦] ، بأن لم يكن فيه شيء منه [٧] وهذا في حق أهل الثروة [٨] . (وتحمل شهادة [٩] واداؤها) للحاجة اليهما (والحرف والصنائع [١٠] وما تتم به المعايش [١١] كالبيع والشراء والحراثة (وجواب سلام على

---

(١) بما يتعلق بها أي من علم العربية .

(٢) وعرف أي المصنف كلمة الفروع بالالف واللام دون ما ذكر قبله من قوله «كتفسير وحديث».

(٣) لما ذكر بعده أي وهو قوله: بحيث يصلح للقضاء . وكلمة الفروع عطف على كلمة « تفسير » والكاف استقصائية .

(٤) واسقط : المصنف من عبارة كتاب المحرر للرافعي كلمة : الفتوى ، ولعله استغنى عنها بذكر كلمة القضاء. والذي يصلح للقضاء : هو من كان ذكراً حراً لا عبداً وامرأة .

(٥) أي ان عبارة الروضة واصلها للنووي استبدلت فيها بكلمة « الزيارة » كلمة الحج والعمرة .

(٦) هو السهم المخصص للمصالح العامة ويؤخذ من الفيء : أي الذي اخذه المسلمون من الكفار بدون قتال ولا عنوة . كما يؤخذ أيضاً من خمس الغنائم .

(٧) أي لم يكن في سهم المصالح شيء من المال .

(٨) أي الذي يملك ما يبذله زيادة على كفاية سنة فقط لا العمر الغالب .

(٩) أي ان حضر الشخص محل التحمل وهو المشهود عليه أو دعاه معذور بمرض ونحوه .

(١٠) هذا عطف خاص على عام لان الحرفة ما كانت بآلة ام بغير آلة فهي اعم من الصناعة ، والصناعة ما كانت بآلة

(١١) أي ما به قوام الدين والدنيا وهو عطف مرادف على ما قبله .

جماعة (١)) فيكفي من احدهم (ويسن ابتداؤه) أي السلام على مسلم (لا على قاضي حاجة وآكل) وكائن (في حمام) يتنظف ، لان احوالهـم لا تناسبه (ولا جواب (٢) عليهم) لو اتى به لعدم سنه .

موانع الجهاد :

(ولا جهاد على صبي ومجنون) لعدم تكليفهما (وامرأة) لضعفها عن القتال (ومريض) يتعذر قتاله أو يشق عليه مشقة شديدة ، ولا عبرة بالصداع والحمى الخفيفة (وذي عرج بين) وان قدر علي الركوب ، ولا عبرة بيسير لا يمنع المشيء (واقطع واشل) لأن كلا منها لا يتمكن من الضرب (وعبد) وان أمره سيده (وعادم أهبة قتال) من سلاح ونفقة وراحلة في سفر القصر (٣) فاضل جميع ذلك عن نفقة من تلزمه نفقته ، وما ذكر معها في الحج (٤) .

ضابط يعم الموانع :

(وكل عذر منع وجوب الحج منع الجهاد) أي وجوبه (الا خوف طريق من كفار ، وكذا من لصوص مسلمين على الصحيح) أي فان الخوف المذكور لا

---

(١) أي ومن فروض الكفايات اجابة سلام لمسلم عاقل ولو صبياً مميزاً على جماعة من المسلمين المكلفين.
(٢) أي لا جواب واجب عليهم اذ اتى به شخص لوضعه السلام في غير محله لعدم سنيته .
(٣) مسافة السفر التي يجوز بها القصر هي مرحلتان وهما سير يومين بلا ليلة معتدلين أو ليلتين بلا يوم معتدلين أو يوم وليلة كذلك ، يعني بسير الاثقال أي الحيوانات المثقلة بالاحمال ويقدر هـذا بحوالي (٨٦) كم عند الحنفية أو (٩٦) كم عند الشافعية .
(٤) الذي ذكر بمناسبة النفقة في الحج : هو ان يكون الزاد والراحلة فاضلين عن دينه ومؤنة من عليه نفقتهم مدة ذهابه وايابه ، والاصح اشتراط كون ما ذكر فاضلا عن مسكنه وخادمه ، والاصح انه يلزمه صرف مال تجارته اليها .

يمنع وجوب الجهاد لبنائه على مصادمة المخاوف . ومقابل الصحيح يقيدها بالكفار[1] .

الموانع الشرعية :

(والدين الحال) على موسر) يحرم سفر جهاد وغيره) بالجر (الا باذن غريمه) أي رب الدين مسلماً كان أو ذمياً ، وله منعه السفر بخلاف المعسر وقيل : له منعه ، لأنه يرجو أن يوسر ، فيؤدي ، وفي الجهاد خطر الهلاك ، ولو استناب الموسر من يقضي دينه من مال حاضر جاز له السفر (والمؤجل[2] لا) يحرم السفر ، فلا يمنعه رب الدين (وقيل : يمنع سفراً مخوفاً كسفر الجهاد وركوب البحر .

استئذان الابوين في الجهاد :

(ويحرم) على الرجل (جهاد الا بإذن أبويه ان كانا مسلمين) ولو كان الحي أحدهما فقط لم يجز الا بإذنه أيضاً (الا سفر تعلم فرض عين) فإنه جائز من غير اذنهما (وكذا كفاية في الأصح) كطلب درجة الفتوى . والثاني يقيسه على الجهاد[3] ، وفرق الأول بخطر الهلاك في الجهاد (فإن أذن ابواه والغريم) في الجهاد (ثم رجعوا) بعد خروجه وعلم به[4] (وجب) عليه (الرجوع إن لم يحضر الصف) الا أن يخاف على نفسه أو ماله فلا يلزمه الرجوع (فإن) حضر و (شرع في قتال) ثم علم الرجوع (حرم الانصراف في الأظهر) والثاني : لا يحرم ، بل يجب[5] ، والثالث : يتخير بين الانصراف والمصابرة . والخلاف في الروضة

---

(١) أي أن مقابل الرأي الصحيح وهو الضعيف يعتبر الخوف من اللصوص المسلمين مانعاً من الجهاد كالحج اذ أنه قد يأنف من قتال المسلمين .

(٢) أي الدين المؤجل لا يحرم السفر مطلقاً ، فلا يحق لرب الدين أن يمنع المدين بالدين المؤجل .

(٣) أي الوجه الثاني الصحيح المقابل للاصح يقيس تعلم فرض الكفاية على الجهاد، فلا يجوز بدون اذن الأبوين .

(٤) أي علم المجاهد بالرجوع عن الاذن .

(٥) أي يجب الانصراف رعاية لحق الآدمي المبني على الضيق .

أوجه ، وفي أصلها : أقوال أو أوجه .

حالة فرضية الجهاد العينية :

(الثاني) من حال الكفار : (يدخلون بلدة لنا ، فيلزم أهلها الدفع بالممكن[1] ، فإن أمكن تأهب لقتال وجب الممكن) على كل منهم (حتى على فقير وولد ومدين وعبد بلا اذن) من الأبوين ، ورب الدين ، والسيد (وقيل : إن حصلت مقاومة باحرار اشترط) في العبد (اذن سيده) فلا يجب عليه ، والنسوة ان كان فيهن قوة دفاع كالعبيد ، والا فلا يحضرون .

الاستئسار :

(والا) أي وان لم يمكن تأهب لقتال (فمن قصد دفع عن نفسه بالممكن ان علم أنه اخذ قتل) يستوي فيه الحر والعبد والمرأة والاعمى والاعرج والمريض (وان جوز الاسر والقتل) (فله ان يستسلم) وان يدفع عن نفسه .

تعاون البلاد القريبة لصد العدوان :

(ومن هو دون مسافة القصر من البلدة كأهلها) فيجب عليه ان يجيء اليهم ان لم يكن فيهم كفاية ، وكذا ان كان في الاصح مساعدة لهم .

(ومن) هم (على المسافة يلزمهم الموافقة[2] بقدر الكفاية ، ان لم يكف اهلها ومن يليهم ، قيل : وان كفوا) يلزمهم الموافقة مساعدة لهم .

فكاك الاسير :

(ولو اسروا مسلماً فالاصح وجوب النهوض اليهم لخلاصه ان توقعناه[3]) كما

---

(١) أي ويكون الجهاد حينئذ فرض عين ، وقيل : كفاية .

(٢) أي يلزمهم الاشتراك في القتال بقدر الكفاية ان لم يكف اهلها ومن يليهم دفعاً عنهم وانقاذاً لهم.

(٣) أي ان قدرنا استخلاصهم من الاسر بأن يكونوا قريبين كما ننهض اليهم عند دخولهم دارنا بل اولى لان حرمة المسلم اعظم من حرمة الدار .

ينهض اليهم في دخولهم دار الاسلام لدفعهم لأن حرمة المسلم اعظم من حرمة الدار والثاني قال : ازعاج الجنود لخلاص اسير بعيد .

تحليل النص

السير جمع سيرة وهي السنة والطريقة ، والغرض من الترجمة بكتاب السير هو ذكر الجهاد واحكامه ، وقد كان الجهاد في عهد رسول الله ﷺ بعد الهجرة فرض كفاية لقوله تعالى : « لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر - إلى قوله تعالى : وكلا وعد الله الحسنى » وقيل : كان فرض عين لقوله تعالى : « انفروا خفافاً وثقالا - الا تنفروا يعذبكم عذاباً اليماً » وقد كان القاعدون حراساً للمدينة .

واما بعده ﷺ فهو اما فرض كفاية أو فرض عين بحسب حال الكفار، فان كان الكفار ببلادهم مستقرين بها غير قاصدين شيئاً من بلاد المسلمين ففرض كفاية فاذا فعله بعض المسلمين بما يحقق الكفاية سقط الاثم عن الباقين .

وقد استطرد المصنف هنا ذكر جملة من فروض الكفاية كاقامة الحجج العلمية على اثبات الصانع سبحانه وتعالى وما يجب له من الصفات وما يستحيل عليه منها وعلى اثبات النبوات وصدق الرسل ، وحل المشكلات الدينية ودفع الشبهة وتعلم علوم الشريعة كالتفسير والحديث والفروع الفقهية الزائدة على ما لا بد منه بحيث يصلح المتعلم للقضاء والفتيا لشدة الحاجة الى ذلك . ومن فروض الكفاية التي لم يذكرها المصنف علم الطب والحساب والوصاية والمعاملات واصول الفقه والنحو واللغة والتصريف واسماء الرواة والجرح والتعديل واختلاف العلماء واتفاقهم .

ومن فروض الكفاية المذكورة في متن المنهاج للنووي : الأمر بالمعروف

والنهي عن المنكر إذا لم يخف الانسان على نفسه أو ماله ، أو على غـيره مفسدة اعظم من مفسدة المنكر الواقع ، أو غلب على ظنه ان المرتكب يزيد فيما هو فيه عناداً كما أشار اليه الغزالي في الاحياء . ومن هذه الفروض احياء الكعبة والمواقف التي هناك كل سنة بالزيارة مرة ؛ لأن ذلك من شعائر الاسلام ، ومنها دفـع ضرر المعصومين من المسلمين وغيرهم ككسوة عار منهم واطعام جائع منهم إذا لم يندفع ضررهم بزكاة ولا بيت مال ومنها تحمل الشهادة واداؤها إذا تحمل اكثر من نصاب فان تحمل اثنان في الاموال فالاداء فرض عين . ومنها تعلم الصناعات كالخياطـة والتجارة والحرف . ومنهـا رد السلام على جماعـة من المسلمين المكلفين . ويسن ابتداء السلام على كل مسلم حتى على الصبي ، أما الذمي فلا يجوز ابتداؤه بالسلام ، ولو سلم ذمي على مسلم قال له وجوباً : وعليك » فقط لخبر الصحيحين : « اذا سلم عليكم أهل الكتاب فقولوا : وعليكم » . ولا يبدأ بتحية غير السلام بالنسبة للمسلمين مثل قول : انعم الله صباحك ، أو صبحت بالخـير الا لعذر ، ولا يسن السلام على الآكل وقاضي الحاجة ومن في الحمام ، لانهم مشغولون بحاجتهم ، فاذا سلم عليهم انسان لا يجب الجواب عليهم لوضعه السلام في غير محله .

وهناك موانـع حسية للجهاد : فلا يجب الجهاد الا على مسلم أو مرتد بالغ عاقل ذكر مستطيع له حر ولو سكران واجد اهبة القتال ، فلا يجب الجهاد على كافر ولو ذميا ، ولا على صبي ومجنون لعدم تكليفهما ، ولا على امرأة لضعفها ، ولا على مريض يتعذر قتاله أو تعظم مشقته ، ولا على اعمى ولا ذي عرج واضح ولو في رجل واحدة لقوله تعالى : « ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج » ولا على اقطع يد بكاملها أو معظم اصابعها ، ولا على أشل يد أو معظم اصابعها ، لان مقصود الجهاد البطش والنكاية ، وهو مفقود فيهما ، لان كلا منهما لا يتمكن من الضرب ، ولا على عبد ، لانه لا مال له ولا نفس يملكها ، ولا على عادم اهبـة قتال من نفقة وسلاح ومركوب ان كان سفر قصر .

والضابط في كل ما سبق وغيره هو : كل عذر منع وجوب الحج كفقد زاد وراحلة ، منع وجوب الجهاد الا خوف طريق من كفار أو خوفاً من لصوص مسلمين فلا يمنعان وجوب الجهاد .

ثم ذكر المصنف الموانع الشرعية للجهاد : وهي أن الدين الحال على موسر يحرم (١) سفر جهاد وسفر غيره لأنه متعين عليه أداؤه ، إلا بإذن الدائن . وكذلك يحرم الجهاد بسفر وغيره إلا بإذن الأبوين إن كانا مسلمين ، لأن الجهاد فرض كفاية ، وبر الوالدين فرض عين . فان أذن الأبوان او الدائن ثم رجعوا عن الاذن ، وجب الرجوع ان لم يحضر الصف ، لأن عدم الإذن عذر يمنع وجوب الجهاد .

ويكون الجهاد فرض عين اذا دخل الكفار بلدة للمسلمين ، فيلزم أهلها بالدفاع بما يمكنهم حتى الفقير والولد والمدين والعبد ، ويجب القتال على أهل كل بلدة قريبة من تلك البلدة التي هوجمت بما دون مسافة القصر . وأما من كان في مسافة القصر فأكثر فيلزم الاشتراك في الجهاد بقدر الكفاية .

وإن وقع المسلم في حصار وقدر وقوعه في الأسر او القتل ، فله أن يدافع عن نفسه حتى الموت ، وان يستسلم لقتل الكفار إن كان رجلا ، لأن المكافحة حينئذ استعجال للقتل ، والأسر يحتمل الخلاص ، هذا إن علم أنه إن امتنع من الاستسلام قتل ، وإلا امتنع عليه الاستسلام . اما المرأة : فان علمت امتداد الأيدي اليها بالفاحشة فعليها الدفاع وإن قتلت ، لأن الفاحشة لا تباح عند خوف القتل ، وان لم تمتد الأيدي اليها بالفاحشة حالاً ، ولكن توقعتها بعد السبي احتمل جواز استسلامها ، ثم تدافع اذا أريد منها السوء .

---

(١) بتشديد الراء .

ولو أسر الكفار مسلماً فالاصح أنه يجب النهوض اليهم لخلاصه منهم إن قدرنا ذلك بسبب قربهم منا .

فصل في الامان(١)

المتن :

(يصح من كل مسلم مكلف مختار أمان حربي وعدد محصور فقط ، ولا يصح أمان أسير لمن هو معهم في الأصح ، ويصح بكل لفظ يفيد مقصوده ، وبكتابة ورسالة ، ويشترط علم الكافر بالأمان ، فإن رده بطل ، وكذا إن لم يقبل في الأصح ، وتكفي إشارة مفهمة للقبول . ويجب أن لا تزيد مدته على أربعة أشهر ، وفي قول : يجوز مالم تبلغ سنة .

ولا يجوز أمان يضر المسلمين كجاسوس ، وليس للامام نبذ الأمان إن لم يخف خيانة ، ولا يدخل في الأمان ماله وأهله بدار الحرب ، وكذا ما معه منهما في الأصح إلا بشرط .

والمسلم بدار الحرب إن أمكنه إظهار دينه استحب له الهجرة ، وإلا وجبت إن اطاقها ، ولو قدر اسير على هرب لزمه ، ولو اطلقوه بلا شرط فله اغتيالهم ، أو على انهم في أمانه حرم ، فان تبعه قوم فليدفعهم ، ولو بقتلهم ، أو شرطوا ان لا يخرج من دارهم لم يجز الوفاء .

ولو عاقد الإمام علجا يدل على قلعة وله منها جارية جاز ، فإن فتحت بدلالته أعطيها أو بغيرها فلا في الأصح ، فان لم تفتح فلا شيء له ، وقيل : إن لم يعلق الجعل بالفتح فله أجرة مثل ، فان لم يكن فيها جارية أو ماتت قبل العقد

---

(١) راجع شرح المحلي بهامش حاشية قليوبي وعميرة : ٤ ص ٢٢٥ وما بعدها .

فلا شيء ، أو بعد الظفر قبل التسليم وجب بدل ، او قبل ظفر فلا في الأظهر، وإن أسلمت فالمذهب وجوب بدل ، وهو اجرة مثل ، وقيل : قيمتها) .

فصل في الامان مع الكفار

الشرح :

المؤمن :

(يصح من كل مسلم مكلف مختار : أمان حربي) واحـــد (وعدد محصور) منهم كعشرة ومائه (فقط) أي بخلاف أهل ناحيه وبلدة . ودخل في في الضابط : (العبد والمرأة والمحجور عليه بسفه وغيرهم . وخرج المكره والصبي والكافر . (ولا صح أمان اسير (١) لمن هو معهم (٢) في الأصح) والثاني : يصح لدخوله في الضابط ، والاول نظر الى أنه مقهور في أيديهم .

صيغة الامان :

(ويصح) الامان (بكل لفظ يفيد مقصوده) صريـــح : نحو أمنتك أو أجرتك أو أنت في أماني ، او كناية : نحو أنت على ما تحب أو كن كيف شئت (وبكتابة (٣) بالفوقانيـــة (٤) (ورسالة) ولو كان الرسول كافراً . (ويشترط علم الكافر بالأمان) بأن يبلغه ، فان لم يبلغه فلا أمان ، فلو بدر مسلم فقتله جاز ، وإذا علمه (فإن رده باطل ، وكذا إن لم يقبل) بأن سكت

---

(١) اي الاسير المقيد او المحبوس .

(٢) اي ولا لغيرهم .

(٣) اي ويصح الأمان بكتابة لاثر فيه عن عمر رضي الله عنه ، ولا بد من النية لان الكتابة كناية.

(٤) بالفوقانية اي بالتاء ، وذلك كيلا يفهم ان هذه الكلمة « بكناية » ويقال عن الياء التحتانية .

(في الأصح) (١) والثاني : لا يبطل بالسكوت (وتكفي اشارة مفهمة للقبول) من قادر على النطق ، وكذا في الايجاب (٢) .

مدة الامان :

(ويجب أن لا تزيد مدته على أربعة أشهر ، وفي قول : يجوز) الأمان (مالم تبلغ سنة) كالهدنة ، فلو زاد على الجائز بطل الزائد فقط تفريقا للصفقة(٣). واذا أطلق حمل على أربعة أشهر ، ويبلغ بعدها المأمن .

عدم الضرر في الامان :

(ولا يجوز أمان يضر المسلمين كجاسوس وطليعة(٤) فلا ينعقد، قال الامام(٥): وينبغي ان لا يستحق تبليغ المأمن .

نبذ الامان :

(وليس للامام نبذ(٦) الأمان إن لم يخف خيانة) فان خافها نبذه كالهدنة ، وهو جائز من جهة الكافر ينبذه متى شاء .

---

(١) يبطل في الأصح اي كغيره من العقود . والوجه الثاني لايبطل بالسكوت لأن الأمان مبني على التوسعة .

(٢) المذهب أن الاشارة تكفي أيضاً في ايجاب الأمان .

(٣) اي أن العقد اذا اشتمل على ما يجوز ومالا يجوز فيبطل فيا لا يجوز ،تجزئة لما حواه العقد وهذا عند قوتنا اذا لم يكن بنا ضعف ، والا فيصح في الزائد بحسب الحاجة الى عشر سنين كما في الهدنة .

(٤) الطليعة : هي ما يتقدم الجيش ليطلع على أحوال عدوهم ثم يخبرهم .

(٥) أي الإمام الرازي .

(٦) أي الغاء الأمان وفسخه .

عدم دخول المال والاهل في الامان :

(ولا يدخل في الأمان ماله وأهله بدار الحرب ، وكذا ما معه في الأصح الا بشرط (١) والثاني : لا يحتاج الى شرط .

هجرة المسلم المقيم في دار الحرب :

(والمسلم بدار كفر ان أمكنه اظهار دينه) بأن كان مطاعاً في قومه أو له عشيرة يحمونه ، ولم يخف فتنة في دينه (استحب له الهجرة) الى دار الاسلام لئلا يكيدوا له ، (وإلا وجبت إن أطاقها) فان لم يقدر عليها فمعذور الى أن يقدر.

هرب الاسير :

(ولو قدر أسير على هرب لزمه) لخلوصه به من قهر الأسر (ولو أطلقوه بلا شرط فله اغتيالهم) قتلاً وسبياً وأخـــذاً للمال (أو على أنهم في أمانه (٢) حرم) عليه اغتيالهم ، (فان تبعه قوم فليدفعهم ولو بقتلهم) كالصائل (٣) (ولو شرطوا) عليه (أن لا يخرج من دارهم لم يجز) له (الوفاء) بالشرط .

معاقدة الامام مع كافر يدل على قلعة :

(ولو عاقد الامـــام علجا) (٤) وهو الكافر الغليظ الشديد (يدل على قلعة) نفتح عنوة ، وله ، منها جارية ،جاز) ذلك للحاجة اليـه معينـة كانت أو مبهمة رقيقة أوحرة،لأنهاتصير رقيقة بالأسر ، والمبهمة يعينها الامام (فان فتحت بدلالته)

---

(١) أي ما معه في دار الإسلام وإن لم يكن في حيازته الا بشرط لقصور اللفظ عن العموم الشامل لمثل هذا .

(٢) أي اطلقوه بشرط انهم في أمانه وإن لم يؤمنوه .

(٣) أي الذي يسطو على الناس ويقهرهم في نفس او طرف او بضع او مال ، فيدفـــع بالأخف فالأخف حتى القتل .

(٤) سمي الكافر الغليظ علجا لدفعه عن نفسه بقوته ، ومنه سمي العلاج علاجا لدفعه الداء .

ومنها الجارية (أعطيها أو بغيرها (١) فلا) شيء له (في الأصح) لأن القصد الدلالة الموصلة الى الفتح . والثاني يستحقها بالدلالة (٢) (فان لم تفتح فلا شيء له) لقوله : منها (٣) (وقيل : ان لم يعلق الجعل بالفتح فله أجرة مثل) لدلالته فان لم يكن فيها جارية او ماتت قبل (العقد فلا شيء) له (أو بعد الظفر قبل التسليم وجب بدل) جزما (أو قبل ظفر فلا) بدل (في الأظهر) لعدم القدرة عليها ، والثاني تجب لأنها حاصلة وتعذر تسليمها (وإن أسلمت) بعد الظفر أو قبله (فالمذهب وجوب بدل) وقيل : في كل(٤) قولان (وهو) أي البدل حيث وجب في المعينة (٥) (اجرة مثل ، وقيل : قيمتها) (٦) وفي الروضة كأصلها : أن الجمهور عليه ، فضمانها ضمان يد (٧) وعلى الأول : ضمان عقد (٨) وترجيحه (٩) مبني على ترجيح قول وجوب مهر المثل في تلف الصداق المعين قبل قبضه ، وتقدم ترجيحه في بابه .

---

(١) أي فتحت القلعة بغير دلالته .

(٢) أي الوجه الثاني يقرر انه يستحق الجارية بمجرد الدلالة على القلعة .

(٣) اي لاتفاق الامام مع الكافر على اعطائه جارية منها اي من القلعة .

(٤) الرأي الراجح وجوب البدل لتعذر تسليم الجارية له بالإسلام . وقيل في كل حالة من الإسلام بعد الظفر او قبله : يوجد قولان في المذهب الشافعي .

(٥) اي أن البدل الذي يجب بدلاً عن الجارية التي عينها الإمام هو القيمة على المعتمد .

(٦) هذا الرأي هو المذهب المعتمد أي هو الأصح كما عليه الجمهور من الشافعية ونص عليه الشافعي في الأم ويؤخذ من الأخماس الأربعة المخصصة للمقاتلين لا من أصل الغنيمة ولا من سهم المصالح .

(٧) ضمان اليد أي أن الشيء مضمون بالحيازة والتعويض فيه يقوم على اعتبار المماثلة ويملكه مستحقه قبل القبض .

(٨) ضمان العقد أي ان الشيء مضمون بسبب العقد والتعويض فيه لا يقوم على اعتبار المماثلة ولا يملكه مستحقه الا بالقبض

(٩) أي ترجيح ضمان العقد .

الأمـــان:

ضد الخوف ، ويراد به هنا ترك القتل والقتال مع الكفار ، وهو من مكايد الحرب ومصالحها ، والعقود التي تفيد الأمن ثلاثة : أمـان وجزية وهدنة ، لأنه إن تعلق بحصور فالأمان ، أو بغير محصور فـإن كان إلى غاية فالهدنة ، والا فالجزية ، وهما مختصان بالامام بخلاف الامان فإنه يصح من الفرد المسلم المكلف المختار . فلا يصح من الـكافر لأنـه متهم ، وليس اهلا للنظر في مصالح المسلمين ، ولا من غير المكلف ، لأن عبارته ملغاة ، ولا من المكره . والذي يجوز امانه إما حربي واحد غير أسير أو عدد محصور كعشرة مثلاً .

ولا يصح أمان الأسير المقيد أو المحبوس لمن كان معهم وإن لم يكن مكرها لأنه مقهور بأيديهم لا يعرف وجه المصلحة ، لأن وضع الأمان أن يأمن المؤمن. وليس الأسير آمناً . أما أسير الدار وهو المطلق بدار الحرب الممنوع من الخروج منها فيصح أمانه .

وصيغة الأمان اما صريح أو كناية : فالأول مثل أجرتـــك وامنتك أو لا تفزع ،والثاني مثل : أنت على ما تحب أو كن كيف شئت . ويصح الأمان بالكتابة أو بالرسالة .

ويشترط لصحة الأمان علم الكافر بالأمان كسائر العقود ، فإن لم يعلم فلا أمان له ، وإن علم الكافر بأمانه ورده ، بطل جزما لانه عقد كالهبة ، وكـــذا يبطل إن لم يقبل في الأصح كبقية العقود ، وقيل : يكفي السكوت لأن الأمان قائم على المسامحة .

ويصح الايجاب والقبول بالاشارة المفهمة ولو من ناطق . ومدة الأمان أربعة أشهر على الأكثر ، فإن زاد عليها بطل الأمـان في الزائد ، ولا يبطل في الباقي على الأصح تخريجاً على القول بتفريق الصفقة في عقد البيـع ، فلو أطلق الأمان حمل على أربعة أشهر ويبلغ بعدها المأمن . وقيل : يجوز الأمان لمدة سنة كالهدنة. وهذا بالنسبة للرجال ، أما النساء فلا يتقيد أمانهن بمدة .

ويشترط في الأمان أن لايضر المسلمين كجاسوس ومستطلع للأخبار لحـــديث « لا ضرر ولا ضرار » وليس للامام ولا لغيره نقض الأمان إن لم يخف خيانة ، لأن الأمان عقد لازم من جهة المسلمين ، فإن خاف الخيانة نبذه كالهدنة بل أولى . أما من جهة الكافر فهو عقد جائز له أن ينبذه متى شاء .

ولايشمل مقتضى الأمان الأهل والمال بدار الحرب ، وكذا ما مع المستأمن من الأهل والمال في دار الاسلام الا بشرط في الأصح لقصور اللفظ عن شمول ذلك . والمسلم في دار الحرب إن استطاع اظهار شعائر دينه ، استحب له الهجرة إلى دار الاسلام ما لم يرج ظهور الاسلام هناك بإقامته ، فإن رجاه فالأفضل له أن يقيم ، ولو قدر على الامتناع بدار الحرب والاعتزال وجب عليه المقام بها ، لأن موضعه دار اسلام فلو هاجر لصار دار حرب فيحرم ذلك . فإن لم يتمكن من اظهار شعائر دينه أو خاف فتنة فيه ، وجبت عليه الهجرة ،رجلاً كان أ و امرأة إن استطاع ذلك .

وعلى الأسير في ايدي الكفار أن يهرب اذا قـدر ليتخلص من الأســـر ، سواء امكنه اظهار دينه أم لا . ولو أطلق من الأسر بلا شرط فله اغتيال الكفار قتلا وسبيا وأخذ مال ، لأنهم لم يستأمنوه ، فإن أطلقوه على أنهم في أمانه حرم عليه اغتيالهم ، وقتل الغيلة : أن يخدع الكافر فيذهب به إلى موضع فـإذا صار اليه قتله . فإن لحق الكفار بالأسير الهارب فليدفعهم بالأخف فالاخف حتى القتل . وإن شرطوا عليه أن لا يخرج من دراهم فإن لم يمكنه اظهار دينه لم يجز الوفاء بالشرط ، بل يجب عليه الخروج إن أمكنه ، لأن في ذلك ترك إقامة الدين . وإن أمكنه اظهار دينه لم يحرم الوفاء ، لأن الهجرة حينئذ مستحبة .

ولو عاقد الامام أو نائبه كافرا يدل على حصن وله بدل ذلك جارية منه جاز العقد ، وهي جعالة بجعل مجهول غير مملوك احتملت للحاجة . فـإن فتح الحصن عنوة بدلالة الكافر وفيه الجارية أعطيها ،وإن لم يوجد سواها إذا لم تكن قد اسلمت. وإن فتح الحصن بغير دلالة الكافر فلا شيء له في الأصح لأن القصـــد الدلالة الموصلة إلى الفتح ولم توجد ، وكذا لاشيء له إن لم يفتح الحصن ، أو لم يكن

فيه جارية أصلاً ، أو كانت ولكن ماتت قبل العقد أو بعد العقد والظفر بها . وحينئذ في هاتين الحالتين الأخيرتين يجب اعطاؤه بدلاً عنها جزما ، كما يجب اعطاؤه البدل إن اسلمت بعد العقد وقبل الظفر بها أو بعده . والبدل على الأصح هو قيمة الجارية المعينة . أما المبهمة فيجب البدل عنها أجرة المثل قطعاً لتعذر تقويم المجهول . فإن فتحت القلعة أو الحصن صلحاً بدلالة الكافر فينظر : إن دخلت الجارية في الأمان ولم يرض أصحابها بتسليمها اليه ولا رضي الكافر بعوضها نقضنا الصلح وبلغوا المأمن بأن يردوا إلى القلعة ثم يستأنف القتال . وإن رضي أصحاب القلعة بتسليمها بقيمتها دفعنا لهم القيمة . وإن كانت خارجة عن الأمان سلمت إلى العلج .

* * *

كتاب القضاء[1]

المـــتن :

(هو فرض كفاية ، فإن تعين لزمه طلبه ، وإلا فإن كان غيره اصلح ، وكان يتولاه فللمفضول القبول ، وقيل : لا ، ويكره طلبه ، وقيل : يحرم ، وإن كان مثله فله القبول ويندب الطلب إن كان خاملاً يرجو به نشر العلم أو محتاجاً إلى الرزق ، وإلا فالأولى تركه ، قلت : ويكره على الصحيح ، والله أعلم ، والاعتبار في التعين وعدمه بالناحية .

وشرط القاضي : مسلم مكلف حر ذكر عدل سميع بصير ناطق كاف مجتهد ، وهو أن يعرف من الكتاب والسنة مايتعلق بالاحكام ، وخاصه وعامه ، ومجمله ومبينه ، وناسخه ومنسوخه ، ومتواتر السنة وغيره ، والمتصل والمرسل ، وحال الرواة قوة وضعفاً ، ولسان العرب لغة ونحوا ، وأقوال العلماء من الصحابة فمن بعدهم اجماعاً واختلافاً والقياس بأنواعه ، فإن تعذر جمع هذه الشروط فولى سلطان له شوكة فاسقاً أو مقلداً نفذ قضاؤه للضرورة ، ويندب للامام إذا ولى قاضياً أن يأذن له في الاستخلاف ، فإن نهاه لم يستخلف ، فإن اطلق استخلف فيما لايقدر عليه لا غيره في الاصح ، وشرط المستخلف كالقاضي ، إلا أن يستخلف في أمر خاص : كسماع بينة ، فيكفي علمه بما يتعلق به ، ويحكم باجتهاده أو باجتهاد مقلده إن كان مقلداً ، ولا يجوز أن يشرط عليه خلافه ، ولو حكم خصمان رجلان

---

(١) راجع شرح المحلي بهامش حاشية قليوبي وعميرة : ٤ ص ٢٩٥ وما بعدها .

في غير حد الله تعالى ، جاز مطلقاً بشرط أهلية القضاء ، وفي قول : لا يجوز . وقيل : بشرط عدم قاض بالبلد . وقيل : يختص بمال دون قصاص ونكاح ونحوهما ، ولا ينفذ حكمه إلا على راض به ، فلا يكفي رضا قاتل في ضرب دية على عاقلته ، وإن رجع احدهما قبل الحكم امتنع الحكم ، ولا يشترط الرضا بعد الحكم في الاظهر ، ولو نصب قاضيين في بلد وخص كلا بمكان أو زمان أو نوع جاز ، وكذا إن لم يخص في الأصح ، إلا أن يشرط اجتماعهما على الحكم) .

* * *

كتاب القضاء
أي الحكم بين الناس

الشرح :

حكم قبول تولية القضاء من الامام :

(هو فرض كفاية) في حق الصالحين له في الناحية ، فيولي الامام فيها احدهم ليقوم به (فإن تعين) له فيها واحد بأن لم يصلح غيره (لزمه طلبه) وقبوله إذا وليه (وإلا) أي وإن لم يتعين له واحد في الناحية بأن كان معه غيره (فإن كان غيره أصلح وكان) أي الأصلح (يتولاه) أي يرضى بتوليته (فللمفضول) وهو غير الأصلح (القبول ، وقيل : لا)[1] ويحرم طلبه وتوليته (و) على الأول (يكره طلبه ، وقيل : يحرم) والفاضل يندب له القبول . وقيل : يلزمه ويستحب له الطلب ، وإن كان الأصلح لا يتولى فهو كالمعدوم (وإن كان) غيره (مثله ، فله القبول ، ويندب) له (الطلب إن كان خاملاً يرجو نشر العلم أو) كان محتاجاً الى الرزق) ويحصل به من بيت المال (وإلا) أي وإن لم يكن خاملاً ولا محتاجاً إلى الرزق (فالأولى) له (تركه ، قلت[2]) كما قال الرافعي في الشرح : (ويكره) له الطلب والقبول (على الصحيح ،والله أعلم)[3] والثاني: هما خلاف الأولى (والاعتبار في التعيين وعدمه بالناحية) كما تقدم أخذاً من هنا[4] .

---

(١) أي لا يجوز لهقبولها .

(٢) أي قال الامام النووي .

(٣) يكره لأنه ورد فيه نهي مخصوص.وعليه حملت الاخبار الواردة في التحذير وامتناع السلف منه.

(٤) أي الاعتبار في التعيين للقضاء وعدمه،وكذا وجوب الطلب والقبول وعدمه ببلدةبالناحية.=

شروط من يولى القضاء :

(شرط القاضي) أي من يولى قاضياً : (مسلم مكلف) أي بالغ عاقل (حر ذكر عدل سميع بصير ناطق كاف (١)) فلا يولاه رقيق وامرأة وفاسق وكافر لنقصهم ، ولا أصم وأعمى ، وأخرس ، ومغفل ومختل النظر بكبر أو مرض (مجتهد : وهو أن يعرف من القرآن والسنة ما يتعلق بالاحكام) هو متعلق الاجتهاد (٢) (وخاصه وعامه) ومطلقه ومقيده (ومجمله ومبينه وناسخه ومنسوخه ومتواتر السنة وغيره) أي الآحاد (والمتصل والمرسل) أي غير المتصل (وحال الرواة قوة وضعفاً) فيقدم الخاص على العام المعارض ، والمقيد على المطلق والناسخ والمتصل والقوي (ولسان العرب لغة ونحواً وأقوال العلماء من الصحابة ، فمن بعدهم اجماعاً واختلافاً) فلا يخالفهم في اجتهاده(والقياس بأنواعه) الأولى ، والمساوي والادون فيعمل بها ، كقياس الضرب للوالدين على التأفيف، وقياس احراق مال اليتيم على أكله في التحريم فيهما ، وقياس التفاح على البر في باب الربا بجامع الطعم المشتمل عليه (فإن تعذر جمع هذه الشروط) في رجل فولى سلطان له شوكة (٣) فاسقاً أو مقلداً نفذ بالمعجمة (٤) (قضاؤه للضرورة) لئلا تتعطل مصالح الناس ، قاله في الوسيط (٥) تفقها ، قال في الروضة كأصلها : وهذا حسن .

أي فلا يجب على من تعين عليه القضاء طلب ولا قبول له في غير ناحيته لما فيه من الهجرة وترك الوطن .

(١) أي فيه الكفاية للقيام بأمور القضاء ، وفسر بعضهم الكفاية بأن يكون فيه قوة على تنفيذ الحق بنفسه، فلا يكون ضعيف النفس جباناً .

(٢) اي أن يعرف مواطن النظر والاجتهاد والخفاء ونحو ذلك مما يتعلق بآيات الأحكام . وأما قوله : وخاصه وعامه الخ فهو متعلق الكتاب والسنة . واحترز المصنف بقوله : ما يتعلق بالاحكام عن المواعظ والقصص .

(٣) هذا القيد لبيان الواقع في السلطان .

(٤) المعجمة اي الذال ، فالحروف المعجمة هي المنقطة ، وعكسها المهملة .

الاذن للقاضي بالاستخلاف :

(ويندب للامام اذا ولى قاضيا ان يأذن له في الاستخلاف) إعانة له (فإن نهاه) عنه (لم يستخلف) ويقتصر على ما يمكنه ان كانت توليته أكثر منه (١) (فان أطلق) توليته فيما لا يقدر إلا على بعضه (استخلف فيما لا يقدر عليه) لحاجته اليه (لا) في (غيره) أي ما يقدر عليه (في الأصح) (٢) والقادر على ما وليه لا يستخلف فيه في الأصح أيضاً ، والثاني : يستخلف كالامام بجامع النظر في المصالح العامة . ولو أذن الامام له في الاستخلاف قطع ابن كج بأنه يستخلف في المقدور عليه كغيره . وقال الرافعي : القياس مجيء الخلاف فيه وسكت عليه في الروضة . وما ذكر : في الاستخلاف العام . والاستخلاف في أمر خاص كتحليف وسماع بينة قطع القفال بجوازه . وقال غيره : هو على الخلاف وهو مقتضى إطلاق الأكثرين ، كذا في الروضة كأصلها .

شرط المستخلف :

(وشرط المستخلف) بفتح اللام (كالقاضي) أي كشرطه المتقدم (الا أن يستخلف في أمر خاص كسماع بينة ، فيكفي علمه بما يتعلق به ويحكم باجتهاده ان كان مجتهداً أو اجتهاد مقلده) بفتح اللام (ان كان مقلدا) بكسرها ، حيث ينفذ قضاء المقلد (٣) .

(ولا يجوز أن يشرط عليه خلافه) أي خلاف الحكم باجتهاده أو اجتهاد

---

(١) يقتصر على ذلك اذا كانت أعمال ولايته أكثر من طاقته ، لأن الامام لم يرض بنظر غيره .

(٢) لأن قرينة الحال تقتضي ذلك .

(٣) أي في الموطن الذي ينفذ فيه قضاء المقلد كأن ولاه سلطان .

مقلده (١) وقضية ذلك أنه لو شرطه لم يصح الاستخلاف (٢) ، وكذا لو شرطه الامام في تولية القاضي لم تصح توليته .

التحكيم في غير حدود الله تعالى:

(ولو حكم) بتشديد الكاف (خصمان رجلا في غير حد الله تعالى جاز مطلقا) على التفصيل الآتي (٣) بشرط أهلية القضاء (وفي قول : لا يجوز) مطلقاً (٤) (وقيل) : يجوز (بشرط عدم قاض بالبلد ، وقيل : يختص) الجواز (بمال دون قصاص ونكاح ونحوهما (٥)) كاللعان وحد القذف ، وكل من الوجهين مأخوذ من طريقة حاكية للقولين في ذلك ، والمنع منها داخل فيما قبل، والجواز منها زائد عليه فاقتصر عليه (٦) ، والتعبير فيه بقيل صحيح (٧) . ولا يجزىء

---

(١) لأنه لا يعتقده .

(٢) لأن الحاكم انما يعمل باجتهاده او اجتهاد مقلده . وهذا هو المعتمد في المسألتين .

(٣) أي أن المعتمد هو هذا القول سواء مع وجود قاض ولو مجتهداً أو مع عدم وجوده ،ولكن بشرط أهلية القضاء .

(٤) لا يجوز في هذا القول لان في التحكيم افتياتاً على سلطات وصلاحيات ولي الأمر .

(٥) قيل : يجوز التحكيم بمال لأن أمره أخف من غيره ، ولا يجوز في القصاص والنكاح لخطر أمرهما فيناط ذلك بنظر القاضي والصحيح عدم الاختصاص ، لأن من صح حكمه في مال صح في غيره كالذي ولاه الإمام .

(٦) بيان ذلك أن ماذكره المصنف النووي من قوله : « وفي قول لا يجوز » هو مأخوذ من طريق في رواية الحكم عن الشافعي . وقوله : « وقيل بشرط عدم قاض » أي في وجه من طريق يروي الحكم عن الأصحاب وقوله : « وقيل يختص بمال » أي في وجه من طريق ، فكل من هذين الوجهين مأخوذ من طريقة تحكي الخلاف ،وأما الوجه الثاني من الطريقة الذي يتضمن المنع من التحكيم فلم يتعرض المصنف لذكره لأنه داخل في كلامه السابق وهو قوله : « وفي قول : لا يجوز » وبما أن تقرير الحكم بالجواز مطلقاً زائد عما ذكرته الطريقة الحاكية للخلاف فقد اقتصر المصنف عليه .

(٧) يقصد بهذا الكلام الرد على اعتراض موجه الى المصنف حيث لم يعبر عن مثل هذا الخلاف=

التحكيم في حدود الله تعالى ، اذ ليس لها طالب معين .

حكم نفاذ التحكيم:

(ولا ينفذ حكمه) أي المحكم (إلا على راض به ، فلا يكفي رضا قاتل) بحكمه (في ضرب دية على عاقلته) بل لا بد من رضاهم به (١) (وإن رجع أحدهما قبل الحكم امتنع الحكم ، ولا يشترط الرضا بعد الحكم في الأظهر) (٢) والثاني : يشترط كقبل الحكم.

تعيين قاضيين في البلد :

(ولو نصب) الامام (قاضيين ببلد وخص كلا منهما (بمكان) منه (او زمن أو نوع كالأموال أو الدماء أو الفروج (جاز ، وكذا إن لم يخص) بما ذكره بل عمم ولايتهما مكاناً وزماناً وحادثة ، فإنه يجوز (في الأصح) كالوكيلين والوصيين (الا أن يشرط اجتماعهما على الحكم) فلا يجوز لما يقع بينهما من الخلاف في محل الاجتهاد ، والثاني : لا يجوز كالامام لا يتعدد .

تحليل النص

القضاء لغة : احكام الشيء وإمضاؤه ، وشرعاً : الحكم بين الناس ،وحكم قبول ولاية القضاء من الامام فرض كفاية بالنسبة لمن يصلح له في البلد ، فإن تعين

باصطلاح «المذهب» .

(١) العاقلة : عصبة القاتل فهم الذين يتحملون دية المقتول خطأ مشاركة في تحمل المسؤولية عن قريبهم ،فلا بد من رضا العاقلة ، لأنهم لا يؤاخذون باقرار الجاني ، فكيف يؤاخذون برضاه .

(٢) يشترط استدامة الرضا الى تمام الحكم ، ولا يشترط الرضا بعد الحكم في الأظهر مثل الحكم الصادر ممن ولاه الامام .

للقضاء واحد في تلك البلد او الناحية ،لزمه طلبه ان لم يعوض عليه للحاجة اليه ، ولا يعذرلخوف ميل منه ، فان كان غيره أصلح لتولية القضاء منه ورضي بتوليته فلغير الأصلح قبول التولية ، اذا بذل له من غير طلب في الأصح ، ويكره له طلبه لوجود من هو أولى منه ، وقيل: يحرم . وإن كان غيره مثله وطلب منه القبول ، فله ذلك ، لأنه من أهله ولا يلزمه على الاصح ، لانه قد يقوم به غيره .

ويندب للشخص طلب القضاء ان كان غير مشهور بين الناس يرجو بذلك نشر العلم لتحصل المنفعة بنشره ، او كان محتاجاً الى المال ليحصل له الكفاية من بيت المال بسبب هو طاعة لما في العدل من جزيل الثواب ، فان لم يكن كذلك ، فالاولى له ترك طلب القضاء لما فيه من الخطر من غير حاجة ، بل ويكره له الطلب على الصحيح ، لانه ورد فيه نهي مخصوص .

والاعتبار في التعيين للقضاء وعدمه ببلدة بالناحية ، فلا يجب من تعين عليه القضاء طلب ولا قبول له في غير ناحيته لما فيه من الهجرة وترك الوطن .

ويشترط أن يكون القاضي مسلماً ، فلا يولى كافر على مسلمين ، بالغاً عاقلا فلا يولى صبي ولا مجنون ،حراً فلا يولى رقيق ، ذكراً فلا تولى امرأة ، عدلا فلا يولى فاسق لعدم الوثوق بقوله ، سميعاً فلا يولى أصم لا يسمع أصلا ، بصيراً فلا يولى أعمى ، ناطقاً فلا يولى أخرس ، كافياً للقيام بأمور القضاء ، فلا يولى مغفل ومختل نظر بكبر أو مرض أو نحو ذلك ، مجتهداً فلا يولى الجاهل بالاحكام الشرعية ولا المقلد .

والمجتهد: أن يعرف مايتعلق بالاحكام الشرعية لا المواعظ والقصص من القرآن والسنة وأن يعرف خواص الألفاظ من عام وخاص ومجمل ومبين وناسخ ومنسوخ ، ويعرف أحوال الأخبار في السنة من متواتر ومشهور وآحاد ومتصل ومرسل وحال الرواة ضعفاً وقوة ، ويعرف علوم اللغة العربية وأقوال الصحابة فمن بعدهم اجماعاً واختلافاً ، لئلا يقع فى حكم أجمعوا على خلافه ، ويعرف صحيح القياس

وفاسده وأنواعه : الأولى والمساوي والأدون ، وقد ذكر الشارح أمثلة كل نوع على الترتيب .

فان تعذر في رجل اجتماع هذه الشروط ، فولى السلطان مسلماً فاسقاً أومقلداً نفذ قضاؤه للضرورة لئلا تتعطل مصالح الناس .

ويندب للامام أن يأذن للقاضي في الاستخلاف أي في تعيين نائب عنه ليكون أسهل له وأسرع في فصل الخصومات ، فان نهـــاه عن الاستخلاف لم يستخلف ويقتصر على ما يمكنه لأنه لم يرض بنظر غيره ، فان أطلق الامام الولاية لشخص ولم ينهه عن الاستخلاف ، ولم يأذن له فيه ، وهو لا يقـــدر الا على بعض ماولي عليه ، فله ان يستخلف فيما لا يقدر عليه لحاجته اليه ، لافيما يقدر عليه في الاصح ؛ لأن قرينة الحال تقتضي ذلك ، وشرط الشخص المستخلف – بفتح اللام كالشرط المطلوب في القاضي كما سلف بيانه ، لأنه قاض . ويستثنى من شرط تشابـــه المستخلف والقاضي ان يستخلف شخص في أمر خاص كسماع بينة ، فيكفي علمه بما يتعلق بهذا الأمر الخاص من شرائط البينة ، ولا يشترط فيه رتبـــة الاجتهاد ، ويحكم النائب أو الخليفة باجتهاده ان كان مجتهداً أو باجتهاد من قلده ان كان مقلداً له ، وذلك في الأحوال التي ينفذ فيها قضـاء المقلد ، ولا يجوز للقاضي ان يشترط على من استخلفه ان يحكم باجتهاده أو اجتهاد مقلده ، كذلك لايصح للامام في تولية القاضي ان يشترط ذلك؛ لانه لايعتقد خلاف اجتهاده أو اجتهادامامه في المذهب الذي يقلده.

ويجوز للمتخاصمين الاتفاق على تحكيم رجل غير قاض في غير حدود الله تعالى من مال أو غيره ، بشرط توافر أهلية القضاء ، ولا يشترط على المعتمد عـدم وجود القاضي ؛ لان ذلك وقع لجمع من كبار الصحابة ولم ينكره احد ، فكان اجماعاً ، وهناك اقوال ضعيفة خلاف هذا ذكرها الشارح ، والصحيح عدم تخصيص التحكيم بأمر دون امر ، لان من صح حكمه في مال ، صح في غيره كالمولى من جهة الإمام . والسبب في عدم جواز التحكيم في حدود الله تعالى هو أنها ليس لها مطالب معين بها .

ولا ينفذ حكم المحكم الا على راض به قبل صدور الحكم ، لان رضا الخصمين هو المثبت للولاية ، فلا بد من تقدم وجوده ، والعبرة في الرضا بقرض الدية في القتل الخطأ : هو رضا العاقلة أي عصبات القاتل ، ويشترط دوام الرضا إلى تمام الحكم لا بعد الحكم في الأظهر كحكم المولى من جهة الإمام ، وقيل : يشترط لأن رضا الخصمين مطلوب في أصل الحكم ، فكذا يطلب في لزوم الحكم .

ويجوز تعيين قاضيين في بلد واحد سواء حدد اختصاص كل منهما بالمكان أو الزمان أو نوع الحكم كأن يحكم احدهما في الأموال والآخر في الجنايات ، ام لم يحدد في الاصح كنصب وصيين أو وكيلين ، الا ان يشرط الامام اجتماع القاضيين على الحكم ، فلا يجوز لما يقع بينهما من الخلاف في محل الاجتهاد فلا تنفصل الخصومات .

* *

كتاب اللقطة[1]

المتن :

« يستحب الالتقاط لواثق بأمانة نفسه ، وقيل : يجب ، ولا يستحب لغير واثق ، ويجوز في الاصح ، ويكره لفاسق ، والمذهب انه لايجب الاشهاد على الالتقاط ، وانه يصح التقاط الفاسق والصبي والذمي في دار الاسلام ، ثم الاظهر انه ينزع من الفاسق ، ويوضع عند عدل ، وانه لا يعتمد تعريفه ، بل يضم اليه رقيب ، وينزع الولي لقطة الصبي ويعرف ، ويتملكها للصبي ان رأى ذلـــك حيث يجوز الاقتراض له ، ويضمن لولي ان قصر في انتزاعه حتى تلف في يد الصبي ، والاظهر بطلان التقاط العبد ، ولا يعتد بتعريفه ، فلو أخذه سيده منه كان التقاطاً . قلت : المذهب صحة التقاط المكاتب كتابة صحيحة ، ومن بعضه حر ، وهي له ولسيده ، فان كانت مهايأة فلصاحب النوبه في الاظهر ، وكذا حكم سائر النادر من الاكساب والمؤن الا أرش الجناية ، والله أعلم) .

---

(١) راجع شرح المحلي بهامش حاشية قليوبي وعميرة : ٣ ص ١١٥ وما بعدها .

كتاب اللقطة

الشرح :

تعريف اللقطة :

بضم اللام وفتح القاف في المشهور أي الشيء الملقوط : وهو ما ضاع من مالكه لسقوط أو غفلة أو نحوهما (١) في محال تأتي .

حكم الالتقاط :

(يستحب الالتقاط لواثق بأمانة نفسه ، وقيل : يجب) عليه صيانة للمال عن الضياع (ولا يستحب لغير واثق بأمانة نفسه (ويجوز) له (في الاصح) والثاني : يحرم لخوف الخيانة (ويكره لفاسق) لانه ربما تدعوه نفسه إلى كتمانه ، وفي الوسيط (٢) لا يجوز (والمذهب انه لا يجب الاشهاد على الالتقاط) لكن يستحب ، وقيل : يجب ، والطريق الثاني : القطع بالاول ، ويذكر في الاشهاد صفات الملتقط ، أو يسكت عنها وجهان : اصحهما عند البغوي الثاني لئلا يتوصل كاذب اليه ، قال الامام (٣) : يذكر بعضها ليكون في الاشهاد فائدة وصححه في الروضة (٤) .

---

(١) نحوهما كنوم . واحترز بهذه الامور عما اذا القت الريح ثوباً في حجر انسان مثلا أو القى في حجره هارب كيساً ولم يعرفه،فهو مال ضائع ، يحفظه ولا يتملكه . وفرقوا بين اللقطة والضائع بن الضائع : مايكون محرزاً بحرز مثله ولم يعرف مالكه ، واللقطة : ماوجدضائعاً بغير حرز .

(٢) كتاب للغزالي .

(٣) أي الرازي .

(٤) أي صححه النووي في كتابه : الروضة .

حكم التقاط الفاسق والصبي والذمي ونحوهم :

(و) المذهب (انه يصح التقاط الفاسق والصبي والذمي في دار الاسلام) كاصطيادهم ، والطريق الثاني : ان قلنا : المغلب في الالتقاط الامانة والولاية ، فلا يصح التقاطهم ، أو الاكتساب بالتملك بعد التعريف ، وهما وجهان ، ويقال : قولان ، فيصح التقاطهم (١) وطريق القطع في الذمي مرجوح في الروضة كأصلها (٢) . (ثم الاظهر انه ينزع) الملتقط (من الفاسق ويوضع عند عدل) والثاني : لا ينزع ولكن يضم اليه عدل مشرف (و) الاظهر (انه لا يعتمد تعريفه ، بل يضم اليه) عدل (رقيب) لئلا يخون فيه ، والثاني : يعتمد من غير رقيب ثم اذا تم التعريف فله التملك .

تعريف الولي بلقطة الصبي :

(وينزع الولي لقطة الصبي ، ويعرف ، ويتملكها للصبي ان رأى ذلك حيث يجوز الاقتراض له) فان التملك في معنى الاقتراض ، فان لم يره حفظها أو سلمها للقاضي (ويضمن الولي ان قصر في انتزاعه) أي الملتقط (حتى تلف في يد الصبي) او اتلفه والضمان في مال الولي ، ثم يعرف التالف ، وان تلف قبل انتزاعه بغير تفريط فلا ضمان ، وان لم يشعر بالتقاطه ، وتلف في يد الصبي فلا ضمان عليه وان اتلفه ضمن .

(تتمة) الذمي كالفاسق في انتزاع الملتقط منه وما يترتب عليه .

التقاط العبد :

(والاظهر بطلان التقاط العبد) لانه ليس من أهل الولاية والملك ، والثاني :

---

(١) أي ان الطريق الثاني في حكاية المذهب مختلف فيه بين قولين للشافعي أو وجهين للاصحاب فاذا قلنا المغلب في اللقطة الاكتساب فيصح التقاط هؤلاء ، وان قلنا : المغلب : الامانة والولاية فلا يصح .

(٢) أي ان الرواية التي تقطع بصحة الالتقاط من الذمي هي رواية ضعيفة في كتابي النووي : الروضة واصلها ، والارجح ما ذكر هنا في كتابه : المنهاج الذي هو المتن .

صحته ويكون لسيده ، والقولان اذا لم يأذن فيه ولم ينهه عنه . ولو اذن فيه طرد (١) ابن أبي هريرة القولين فيه ، وقطع غيره بالصحة ، ولو نهاه عنه قطع الاصطخري بالمنع ، وطرد غيره القولين فيه ، قال في الروضة : طريقة الاصطخري اقوى (ولا يعتد بتعريفه) على البطلان (فلو أخذه) أي الملتقط (سيده عنه كان التقاطاً) ، ولو أقره في يد واستحفظه عليه ليعرفه وهو أمين جاز ، فإن لم يكن أميناً فهو متعد بالإقرار(٢) ، فكأنه أخذه منه ورده اليه (قلت(٣)) كما قال الرافعي في الشرح : (المذهب صحة التقاط المكاتب كتابة صحيحة) لأنه مستقل بالملك والتصرف ، والقول الثاني : لا يصح لما فيه من التبرع بالحفظ والتعريف ، وليس من أهل التبرع ، والطريق الثاني : القطع بالصحة كالحر ، أما المكاتب كتابة فاسدة فلا يصح التقاطه كالقن(٤) ، وقيل : يصح كذي الكتابة الصحيحة ، وإذا صح التقاط المكاتب عرف وتملك .

(و) المذهب صحه التقاط (من بعضه حر) وبعضه رقيق (٥) ، حكى الرافعي فيه الطريقين في المكاتب ، زاد في الروضة : المذهب والمنصوص صحة التقاطه (وهي) أي اللقطة (له ولسيده) يعرفانها ويتملكانها بحسب الرق والحرية . كسخصين التقطا ، هذا ان لم يكن بينهما مهايأة (فان كانت مهايأة) أي مناوبة

---

(١) أي اجرى القولين في حالة اذن السيد لعبده بالالتقاط .

(٢) أي باقرار السيد وموافقته على بقاء اللقطة في يد العبد اذا لم يكن اميناً .

(٣) اي قال النووي .

(٤) أي العبد الخالص العبودية الذي ليس بعضه حراً ، ولا مكاتباً ، ولا مدبراً .

(٥) العبد المبعض: أي الذي بعضه حر وبعضه رقيق ، وهو ان يكون العبد مشتركاً بين اثنين فيموت احدهما ، فيرثه قريب ذو رحم محرم له فيعتق بمقدار حصة مورثه فيه ، فيصبح بعضه حراً وبعضه يظل رقيقا ، وذلك بان يملك انسان اصله أو فرعه ، فيعتق عليه عملا بحديث « من ملك ذا رحم محرم فقد عتق عليه» وبما انه خبر ضعيف أو منكر فيحتج بحديث في صحيح مسلم ونصه « لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » أي فيعتقه الشراء .

(فلصاحب النوبة) اللقطة (في الاظهر) (١) فان وقعت في نوبة السيد عرفها وتملكها ، وان وقعت في نوبة العبد عرفها وتملكها ، والاعتبار بوقت الالتقاط ، وقيل : بوقت التملك ، والقول الثاني : كما لو لم تكن مهايأة (وكذا حكم سائر النادر) أي باقيه (من الأكساب) كالوصية والهبة والركاز (٢) (و) من المؤن) كاجرة الطبيب والحجام وثمن الدواء : المعنى ان الاكساب لمن حصلت في نوبته ، والمؤن على من وجد سببها في نوبته في الاظهر فيهما ، ومقابله : يشتركان فيهما (الا ارش الجناية (٣) والله اعلم) أي فليس على من وجدت الجناية في نوبته وحده ، بل يشتركان فيها جزماً ، لانه يتعلق بالرقبة وهي مشتركة ، وهذا المستثنى بتوجيهه مزيد في الروضة استقلالا ، ومزيد معه المستثنى منه على الشرح (٤) ، وظاهر انه إذا لم يكن بينهما مهايأة يشتركان في سائر النادر من الاكساب والمؤن .

تحليل النص

يستحب الالتقاط للمؤتمن ، ويكره تركه ، لئلا يقع في يد خائن . وقيل : يجب صيانة للمال عن الضياع ، ولا يستحب الالتقاط لغير المؤتمن ، ولكن يجوز له ذلك في الأصح ، لأن خيانته لم تتحقق . ويكره تنزيها الالتقاط للفاسق لئلا

---

(١) المعنى اذا كان الانتفاع بشخص العبد المبعض موزعاً بين السيد والمبعض بطريق المهايأة كأن يكون لهذا شهر ولهذا شهر ، فوجد العبد لقطة ، فتكون لصاحب الحق في النوبة التي له في الاظهر بناء على ان الكسب النادر يدخل في المهايأة ، وهو الاصح ، فمن وقعت اللقطة في نوبته عرفها وتملكها ، ويعتبر وقت الالتقاط .

(٢) يأ الكنز المدفون في زمن الاسلام .

(٣) أرش الجناية أي دية الجراحات الموجودة من العبد المبعض أو على العبد المبعض : فلا يختص الارش بصاحب النوبة بل يكون الارش بين المبعض والسيد جزماً .

(٤) هذا الكتاب قيل عنه : لم يصنف في المذهب مثله ، ومؤلفه الإمام عبد الكريم بن محمد أبو القاسم الرافعي نسبة الى رافعان بلدة معروفة من بلاد قزوين ، توفي سنة ٦٢٣ هـ .

تدعوه نفسه إلى الخيانة ، وقيل : يكره تحريما ، قال الرافعي : وهو شاذ أو مؤول . والمذهب الراجح أنه لا يجب الاشهاد على الالتقاط كما في الوديعة ، وقيل : يجب لحديث أبي داود « من التقط فليشهد ذا أو ذوي عدل ، ولا يكتم ولا يغيب » والقول الأول حمل هذا الحديث على الندب .

والمذهب انه يصح التقاط الفاسق والسفيه والصبي والمجنون والذمي في دار الاسلام ، وكذا المستأمن والمعاهد بدليل صحة الاصطياد والاحتطاب منهم . والأظهر أن القاضي ينزع الملتقط من الفاسق ويضعه عند عدل لأنه لايؤتمن على المال ، والاظهر أيضاً أنه لايعتد بتعريفه واعلامه عن الشيء الملتقط،بل يضم اليه رقيب عدل خشية من التفريط في التعريف والإشهار . وينزع الولي وجوباً لقطة الصبي والمجنون والسفيه رعاية لمصالحهم ،ومصلحةمالك الشيء،وتكون يد الوالي نائبة عنهم كما ينوب عنهم في مالهم، ويقوم الولي بتعريف اللقطة . وللولي أن يتملك اللقطة للصبي ونحوه إن رأى ذلك مصلحة كما يفعل حالة الاقتراض للصبي ونحوه ، لأن التملك في معنى الاقتراض، فإن لم يره مصلحة له ، حفظه أمانة أو دفعه إلى القاضي . وبناء على صحة التقاط الصبي ، والمجنون والسفيه يضمن الولي إن قصر في انتزاع الملتقط حتى تلف في يد الصبي ومن ذكر معه أو أتلفه كل منهم لتقصيره كما لو قصر في حفظ ما احتطبه.

والأظهر بطلان التقاط العبد إذا لم يأذن له فيه السيد ولم ينهه ، لأن اللقطة أمانة وولاية في بدء أمرها وتمليك في نهاية أمرها ، والعبد ليس من أهل ذلك . وبناء عليه لا يعتد بتعريف العبد لأنه غير ملتقط ، فإن أخذ السيد أو أجنبي الملتقط من العبد كان التقاطاً له ، وإن لم يأذن السيد للأجنبي ، ويسقط الضمان عن العبد . وفي معنى أخذ السيد اقراره اللقطة في يد العبد إن كان أميناً ، فإن كان غير أمين تعلق الضمان بالعبد وسائر أموال السيد .

والمذهب صحة التقاط العبد المكاتب كالحر ، لأنه مستقل بالملك والتصرف، فيعرف اللقطة ويتملك ، وقيل : لا يصح لما فيه من التبرع والحفظ وهو ليس أهلا لذاك

فهو كالعبد الكامل العبودية ، هذا إذا كانت المكاتبة صحيحة ، أما المكاتب كتابة فاسدة فلا يصح التقاطه بغير اذن سيده كالعبد الخالص أي القن .

والمذهب صحة التقاط العبد المبعض ، لأنه كالحر في الملك والتصرف والذمة وتكون اللقطة للعبد ولسيده ، فيعرفانها ويتملكانها اذا لم يكن الانتفاع بالعبد بطريق المهايأة ، فإن كان الانتفاع بشخصه بطريق المهايأة أي المناوبة فتكون اللقطة لمن كان له الحق في نوبة الانتفاع به ، وقيل : تكون بينهما . وهذا الحكم على هذا الخلاف ينطبق على بقية أكساب العبد التي تحصل نادراً كالوصية والهبة والركاز والصدقة وزكاة الفطر ، لأن مقصود المهايأة أن يختص كل واحد بما وقع في نوبته . وكذلك ينطبق الحكم السابق أيضاً على النادر من المؤن أي التكاليف مثل أجرة طبيب وثمن دواء وأجرة حمام تطبيقاً لقاعدة الغرم بالغنم ، فالمكاسب لمن حصلت في نوبته ، فتكون المؤن على من وجد سببها في نوبته في الأظهر في الحالتين . وقيل : يشتركان في الأمرين ويستثنى أرش الجناية أي دية الجراحة التي تقع من العبد أو على العبد من الحكم المقرر في حالة اختصاص صاحب النوبة بالأكساب والمؤن ، فيكون الأرش بين المبعض والسيد جزما .

والحمد لله رب العالمين ، وسلام على عباده الذين اصطفى ، والعاقبة للمتقين .



تصويب الاخطاء المطبعية

القسم الأول

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٤	٥	المنهاج حسب	حسب المنهاج
٤	٩	الموافق ١٢/١	الموافق ١١/١
١٠	٧	نهى	نهي
١٢	٢ (في الحاشية)	الشاوع	الشارع
٢٢	٢٢	الخضروات	الخضراوات
٢٤	١	بالزبدة	بالربذة
٣٢	٨ (في الحاشية)	حـ ص	حـ ١ ص
٥٢	٤ (« «)	الرحمن	للرحمن
٥٨	١ (« «)	ومبل	ومثل
٦٠	١١	الاسم	الإثم بها
٩٧	٤	عياص	عياض
١٠١	٨	تيبعها	تبيعها
١٠٩	١٢	المشتري	بالمشتري
١١٠	١	مجزء	مجزأ
١١٨	٢٣	قانه	فانه

القسم الثاني

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٢٣	٦	يمنع	ويمنع
١٢٧	٢١	رأى	رأي
١٣٠	٦	المقابلة	المقابل

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٤٨	١ (في الحاشية)	وغيرها	وغيرهما
١٥٢	٤ (« »)	ول الشافعي	(٣) أي قول الشافعي
١٥٧	تحذف الحاشية المذكورة في هذه الصفحة مع رقمها		
١٦١	١ (في الحاشية)	الذين	الدين
١٦٢	٥ (» »)	يعير	يعبر
١٦٦	٩ (» »)	اسكت	سكت
١٦٩	١٥	لمغرفته	لمعرفته
١٧١	١	الوكالة	الوكالة (١)
١٧١	١ (في الحاشية)	رد المختار	رد المحتار
١٧٣	٥	العنق	العتق
١٧٦	٤	بجر	بحر
١٨٢	١٥	الشرب	الشرب (١)
١٩٤	١ (في الحاشية)	الاكراء	الاكراه
٢٠٩	١٣	الديوان	الديون
٢١٧	١٨	عند	عقد
٢١٨	٢٢	غير	غيره
٢٢٦	١٥	ومعناه	معناه
٢٣٠	٥	الحق	صاحب الحق
٢٣٩	١٣ منع الجهاد وجوب الحج		منع وجوب الحج منع الجهاد
٢٤٢	٥ (في الحاشية)	: المصنف	: أي المصنف
٢٤٥	١٠	أخذ	إن أخذ
٢٥٥	١٧	دراهم	دارهم
٢٥٨	٢	نكاج	نكاح

فهرس الموضوعات

القسم الأول

الصفحة	الموضوعات
٥	**نصوص من كتاب المهذب للشيرازي عند الشافعية**
٥	تمهيد
٦	مشروعية البيع وشرط صحته
٨	خيار المجلس
١٠	ما نهي عنه من بيع الغرر ونحوه
١٠	بيع المعدوم
١١	بيع غير المملوك ، ومالم يقبض
١٢	التصرف في الديون قبل القبض
١٤	بيع معجوز التسليم
١٤	بيع الطير في برج أو السمك في بركة
١٥	بيع العين الغائبة
١٨	باب الربا
١٩	الأعيان الربوية
٢٣	الأصناف التي لا يجري فيها الربا
٢٤	شرط الجنس وأثره في الربا
٢٧	بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح
٢٩	معنى بدو الصلاح
٣٠	موعد قطع الثمار والزرع
٣١	الزام المالك ببيان العيب
٣٢	خيار العيب
٣٣	باب بيع المرابحة

الصفحة	الموضوعات
٣٥	باب السلم
٤٣	كتاب الشركة
٤٩	كتاب الإجارة
٥٢	باب النذر
٥٧	كتاب الأيمان
٦١	باب كفارة اليمين
٦٥	**نصوص من كتاب مواهب الجليل للحطاب عند المالكية**
٦٥	تمهيد
٦٧	الركن الأول من أركان انعقاد البيع (المتن)
٦٨	انعقاد البيع بالصيغة
٦٩	« « بالمعاطاة
٧٥	تنبيهات :
٧٥	الأول – انعقاد البيع بعرض الشراء على المشتري
٧٦	الثاني – انعقاد البيع بلفظ الاستفهام
٧٦	الثالث – ألفاظ ينعقد بها البيع عدا لفظ « بعتك »
٧٧	الرابع – الفرق بين البيع والنكاح بالنسبة للفظ الاستدعاء
٧٩	حلف اليمين من العاقد في الأحوال الدالة على الرضا بلفظ المضارع
٨٢	مسألة السوم كما في المدونة لمالك
٨٨	علة ربا الفضل في المطعومات عند المالكية
٩١	تنبيهات حول المطعومات الربوية
٩٢	الكلام عن أجناس المطعومات
٩٩	حكم بيع العينة عند المالكية
١١٠	كراء الدور مشاهرة ومساناة ، وكراء أرض المطرمدة من السنين
١١١	حكم الإجارة لمدة محدودة
١١٢	صور الوجيبة الخمسة .

الصفحة | الموضوعات

١١٤ كراء الأرض لمدة طويلة
١١٥ كراء الأرض بالحراثة ونحوها
١١٧ تجديد الكراء في الأرض المزروعة

القسم الثاني

١٢١ **نصوص من كتاب المبسوط للسرخسي عند الحنفية**
١٢١ تمهيد
١٢٣ كتاب الحدود
١٢٦ باب من لا تجوز شهادته
١٣٣ **نصوص من كتاب البدائع للكاساني عند الحنفية**
١٣٣ تقديم
١٣٥ كتاب الهبة
١٤٧ كتاب الوديعة
١٥٠ حال المستعار : هل هو أمانة أم مضمون
١٥٧ **نصوص من كتاب الدر المختار للحصكفي عند الحنفية**
١٥٧ تمهيد
١٥٩ كتاب الكفالة (متن تنوير الأبصار)
١٦٠ الدر المختار شرح تنوير الأبصار
١٦٣ الكفالة المؤقتة
١٧١ كتاب الوكالة
١٧١ المتن
١٧٢ الشرح
١٧٦ المسؤول عن حقوق العقد
١٨٢ باب حد الشرب
١٨٣ المتن

الصفحة	الموضوعات
١٨٣	الشرح
١٨٩	كتاب السرقة
١٩٨	باب التعزير
٢٠٥	**نصوص من كتاب شرح المحلي للمنهاج عند الشافعية**
٢٠٩	كتاب الوكالة (المتن)
٢١١	« « (الشرح)
٢١٩	باب الضمان (المتن)
٢٢٠	« « (الشرح)
٢٢٢	ضمان الدرك
٢٢٤	الابراء من المجهول
٢٢٤	ضمان الدية
٢٢٧	باب الحوالة (المتن)
٢٣٩	« « (الشرح)
٢٣٩	كتاب السير (المتن)
٢٤١	« « (الشرح)
٢٤٣	موانع الجهاد
٢٤٦	تحليل النص
٢٤٩	فصل في الأمان (المتن)
٢٥٠	فصل في الأمان مع الكفار (الشرح)
٢٥٧	كتاب القضاء (المتن)
٢٥٩	« « (الشرح)
٢٦٣	تحليل النص
٢٦٧	كتاب اللقطة (المتن)
٢٦٩	« « (الشرح)
٢٧٢	تحليل النص